Der Scheinkaufmann

(§ 5 HGB.).

Inaugural-Dissertation

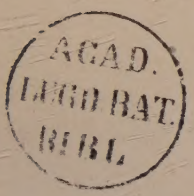
zur Erlangung der Doktorwürde

bei der Juristischen Fakultät der Universität Leipzig

eingereicht von

Horst Leyser

Referendar in Leipzig.



Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1909.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

		Seite
§ 1.	Einleitung	1
§ 2.	Entstehungsgeschichte des § 5 HGB.	9
§ 3.	Die allgemeine Bedeutung des § 5 HGB.	11
§ 4.	Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 5 HGB.	13
§ 5.	Die sich aus § 5 HGB. ergebenden Einreden	17
§ 6.	Die unwiderlegliche Rechtsvermutung als Wirkung des § 5 HGB. auf die Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen	22
§ 7.	Beginn und Ende der konstitutiven Wirkung des Firmeneintrages nach § 5 HGB. und Stellung des § 15 HGB. zum § 5 HGB.	29
§ 8.	Die Wirkungen des § 5 HGB. auf die Rechte und Pflichten des Scheinkaufmanns	38
§ 9.	Die Bedeutung des § 5 HGB. für Handelsgesellschaften	57
§ 10.	Staubs Gestionstheorie	67
§ 11.	Das Prüfungsrecht bezw. die Prüfungspflicht des Registerrichters und die Vorschriften zur Verhütung unrechtmäßiger Firmeneinträge	73

Literaturverzeichnis.

I. Kommentare und Lehrbücher.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts. 6. Aufl. Stuttgart 1903.
Düringer u. Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Mannheim 1899.
Hareis, Handausgabe. München 1905.
Hareis, Lehrbuch des deutschen Handelsrechts. 7. Aufl. 1903.
Goldmann, Das Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.
Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung. 2. Aufl. Berlin 1903.
Lehmann, Lehrbuch des Handelsrechts. Leipzig 1905—1907.
Lehmann-Ring, Kommentar zum neuen Handelsgesetzbuch. Berlin 1902.
Litthauer, Handelsgesetzbuch. Berlin 1901.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 13. Aufl. 1906.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch. 7. Aufl.
Rudorff, Das Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Stuttgart 1898.
Rüdorff, Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Berlin 1907.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 8. Aufl. Berlin 1906.

II. Die übrige Literatur.

Annalen des Oberlandesgerichts Dresden.
Blumenthal, Der Scheinkaufmann. Dissert. Göttingen 1901.
Bolze, Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Cohn, Neuerungen des materiellen Firmenrechts. Gruchot 1898.
Denkschrift zum Entwurfe eines Handelsgesetzbuchs und Einführungsgesetzes.
Deutsche Juristenzeitung.
Dickel, Bemerkungen zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs. 1897.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts.
Festschrift für Dernburg. Berlin 1900.
Finger, Die Neuerungen des Handelsgesetzbuchs bezüglich konstitutiver Firmeneinträge. Dissert. Freiburg 1900.
Frese, Die den Gerichten übertragenen Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und das gerichtliche Hinterlegungswesen. Leipzig 1903.
Friedberg, Die Handelsgesetzgebung des Deutschen Reiches. 7. Aufl. Leipzig 1904.
Gesetz- und Verordnungsblatt für das Königreich Sachsen.
Goldschmidt, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht.
Göppert, Bemerkungen zu § 17, 1 des neuen Handelsgesetzbuchs. In Goldschmidt Bd. 47.
Graf, Die konstitutive Wirkung der Firmeneintragung nach dem neuen Handelsgesetzbuch v. 10. 5. 1897. Dissert. Erlangen 1902.
Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechtes.

Hahn-Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen.
Heinemann, Das Handelsregister nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Dissert. Erlangen 1900.
Holdheim, Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Berlin.
Jacobick, Der Scheinkaufmann. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1905.
Juristische Wochenschrift.
Justizministerialblatt.
Kaufmann, Handelsrechtliche Rechtsprechung.
Lehmann in Buchka-Oetker-Lehmann, Zivilprozeßordnung, Konkursordnung und Handelsgesetzbuch. Berlin 1899.
Lehmann im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 86.
Lührs, Die Folgen der falschen Eintragungen in das Handelsgesetzbuch. Dissert. Leipzig 1898.
von der Mosel, Handwörterbuch des sächsischen Verwaltungsrechts. 10. Aufl. Leipzig 1903.
Nord, Der eingetragene Nichtkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuche. Dissert. Rostock 1902.
Petri in der Deutschen Juristenzeitung 2. Jahrg. 1897 S. 17 ff.
Pinner, Anwendbarkeit der Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches über Vereine auf Aktiengesellschaften. In Goldschmidt Bd. 50 S. 100 ff.
Reichsgesetzblatt.
Rießer, Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuches auf das Aktienrecht. In der Deutschen Juristenzeitung 5. Jahrg. S. 132 ff.
Schirrmeister, Kaufmannsbegriff nach dem geltenden und künftigen Handelsgesetzbuche. In Goldschmidt Bd. 49 S. 29 ff.
Schönberg, Wie unterscheiden sich die Wirkungen der Eintragungen in das Handelsregister nach altem und neuem Handelsgesetzbuch? Dissert. Leipzig 1902.
Schulze-Görlitz, Die Führung des Handels- und Musterregisters. Berlin 1893.
Simon, Beiträge zur Beurteilung des Entwurfs eines Handelsgesetzbuchs. 1896.
Simon, Der Einfluß des Bürgerlichen Gesetzbuchs auf das Aktienrecht. In Goldschmidt Bd. 49 S. 1 ff.
Sydow-Busch, Zivilprozeßordnung. 9. Aufl. Berlin 1901.
Soergel, Rechtsprechung zum gesamten Zivil-, Handels- und Prozeßrecht.
Thoering, Der Scheinkaufmann. Dissert. Leipzig 1908.
Venus, Der zu Unrecht im Handelsregister eingetragene Gewerbetreibende. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1907.
Voigt, Der Scheinkaufmann. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1907.
Zelin, Der Begriff des Kaufmanns. Dissert. Tübingen 1902.
Zweifel, Der eingetragene Nichtkaufmann nach dem neuen Handelsgesetzbuch. Leipziger Dissert. Borna-Leipzig 1903.

§ 1.

Einleitung.

Die einheitliche Gestaltung und Regelung des deutschen bürgerlichen Rechtes durch die Schaffung des Bürgerlichen Gesetzbuches war von so einschneidender Bedeutung für das gesamte Rechtsleben, daß sie auch eine Revision des Handelsgesetzbuches bedingte. Aufgabe dieser Revision sollte es sein, „einerseits die Vorschriften des Handelsgesetzbuches mit dem Inhalt des Bürgerlichen Gesetzbuches in Einklang zu bringen, andererseits diejenigen Änderungen und Ergänzungen des Handelsgesetzbuches vorzunehmen, welche sich nach den Erfahrungen in dem Zeitraum von über dreißig Jahren, der seit dem Zustandekommen des Gesetzbuches verstrichen ist, als wünschenswert gezeigt haben".[1]) Die Folge dieser Revision war die Schaffung des neuen Handelsgesetzbuches v. 10. 5. 1897, welches sich zwar in der Hauptsache auf der bewährten Grundlage des allgem. deutschen Handelsgesetzbuches aufbaut, aber trotzdem infolge der Änderung der Anschauungen in verschiedenen Punkten bedeutende Umgestaltungen erfahren hat.

Während das alte Handelsgesetzbuch infolge der Zerrissenheit des deutschen bürgerlichen Rechtes eine primäre Bedeutung besaß, ist das neue Handelsgesetzbuch zu einer Art Nebengesetz des Bürgerlichen Gesetzbuches geworden; während das alte Handelsgesetzbuch ein Sonderrecht für Tatbestände des Handels war, ist das neue Handelsgesetzbuch grundsätzlich Standesrecht der Kaufleute geworden und damit zur Auffassung des Mittelalters zurückgekehrt. Es bestimmt in erster Linie die Personen, deren Rechtsgeschäfte es seinen Normen unterworfen wissen will. Von besonderer Bedeutung war daher für den Gesetzgeber die Feststellung dieser Personen, die Feststellung des Kaufmannsbegriffes als eines der wichtigsten Grundbegriffe des Handelsrechtes. Gerade dieser Kaufmannsbegriff nun ist im neuen Handelsgesetzbuch bedeutend umgestaltet worden.

---

[1]) Denkschr. 1896 S. 3.

Das alte Handelsgesetzbuch stand auf dem materiellrechtlichen Standpunkt; nach ihm beruhte die Kaufmannseigenschaft einzig und allein als einheitlicher Grundlage auf dem gewerbsmäßigen Betriebe eines der in den Art. 271 u. 272 aufgezählten sogen. Grundhandelsgeschäfte; alle Personen, die eines der daselbst aufgezählten Grundhandelsgeschäfte gewerbsmäßig betrieben, waren Kaufleute im Sinne des alten Handelsgesetzbuches, ohne Rücksicht darauf, ob sie ins Handelsregister eingetragen waren oder nicht. Das neue Handelsgesetzbuch hingegen hat den Kaufmannsbegriff erweitert und auf ganz neuer Grundlage aufgebaut.

In erster Linie ist jetzt nicht mehr der Betrieb eines „Handelsgeschäftes" für die Kaufmannseigenschaft bestimmend, sondern das neue Handelsgesetzbuch fußt auf dem Begriffe des „Handelsgewerbes", und zwar geschah dies, „um die Kaufmannsqualität nicht mehr bloß durch den Betrieb einer geschlossenen Zahl von Handelsgeschäften, sondern unter Umständen durch den Betrieb eines jeden kaufmännisch betriebenen gewerblichen Unternehmens zu begründen".[2]) Als zweiter wichtiger Faktor für die Begründung der Kaufmannseigenschaft ist im neuen Handelsgesetzbuch im Gegensatz zum alten die Eintragung in das Handelsregister hinzugetreten. „Die eine Voraussetzung (für die Kaufmannseigenschaft) bezieht sich auf die durch Art und Umfang des Unternehmens bedingte Betriebsweise, die andere besteht in der vorgängigen Eintragung des Unternehmens in das Handelsregister."[3]) Die durch Art und Umfang des Unternehmens bedingte Betriebsweise ist aber eine kaufmännische, wenn der Geschäftsbetrieb eine nach kaufmännischen Grundsätzen geordnete Buchführung, den Gebrauch einer Firma, eine bestimmte Art der Korrespondenz, der Kassenführung, der Zahlungsleistungen, die Verwendung gewisser Arten von Hilfspersonen usw. erfordert.[4])

Im Gegensatz zum alten Handelsgesetzbuch scheidet demnach das neue Handelsgesetzbuch nach der Art des Erwerbes der Kaufmannseigenschaft zwischen zwei großen Gruppen von Kaufleuten, die einen sind ipso jure durch ihren Handelsgewerbebetrieb Kaufleute, ohne daß es dazu — wie auch im alten Handelsgesetzbuch — einer Eintragung ihrer Firma ins Handelsregister bedarf, die anderen werden erst durch ihre Eintragung ins Handelsregister zu Kaufleuten. Diese letzte Gruppe von Kaufleuten ist eine Neuschaffung des neuen Handelsgesetzbuches, während die erste Gruppe im engsten Zusammenhang mit den Kaufleuten des alten Handels-

---

[2]) Staub S. 40.
[3]) Denkschr. S. 11.
[4]) Denkschr. S. 8.

gesetzbuches steht, allerdings mit dem schon erwähnten Unterschied, daß nicht mehr, wie im alten Handelsgesetzbuch, der Betrieb eines der dort aufgezählten Handelsgeschäfte, sondern der eines Handelsgewerbes Kaufmannseigenschaft verleiht.

Der § 1 HGB. behandelt diese erste Gruppe von Kaufleuten und sagt im Abs. 1: „Kaufmann im Sinne dieses Gesetzes ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt", während er im Abs. 2 das Handelsgewerbe dahin definiert: „Als Handelsgewerbe gilt jeder Gewerbebetrieb, der eine der nachstehend bezeichneten Arten von Geschäften zum Gegenstande hat", worauf die Aufzählung dieser Geschäfte folgt. Die hier aufgezählten Geschäfte sind zum größten Teil die Grundhandelsgeschäfte des alten Handelsgesetzbuches, und zwar um einige vermehrt, wobei für die unter Ziff. 2 u. 9 aufgezählten Geschäfte noch das Erfordernis hinzutritt, daß sie über den Umfang des Handwerks hinausgehen müssen, während für das unter Ziff. 5 genannte Geschäft der Beförderung von Personen zu Lande oder auf Binnengewässern hinzukommen muß, daß es das Wesen einer Anstalt hat, andernfalls die diesen Geschäften obliegenden Gewerbetreibenden kein Handelsgewerbe betreiben und überhaupt keine Kaufleute, auch keine Minderkaufleute sind.[5]) Sind aber diese Erfordernisse unter Ziff. 2, 9 u. 5 erfüllt, so erlangen diejenigen, deren Gewerbebetrieb die unter Ziff. 1—9 aufgezählten Geschäfte umfaßt, „per se" mit der tatsächlichen Eröffnung ihres Betriebes Kaufmannseigenschaft, ausgenommen nach § 3 Abs. 2 HGB. allerdings, wenn sie solche Geschäfte im Nebengewerbe eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes betreiben. Man kann deshalb die Kaufleute des § 1 HGB. als „geborene Kaufleute" oder „Mußkaufleute" bezeichnen. Bei dieser Art von Handelsgewerbetreibenden des § 1 Abs. 2 HGB. („natürlichen Handelsgewerben") bedarf es, wie gesagt, einer Eintragung ins Handelsregister nicht zur Erlangung der Kaufmannseigenschaft, sie sind ohnehin Kaufleute durch ihren Gewerbebetrieb, deshalb hat bei ihnen die Eintragung ins Handelsregister nur rechtsbekundende, deklaratorische Bedeutung. Anders verhält es sich bei der zweiten Klasse von Kaufleuten.

Neben diesen „Mußkaufleuten" des § 1 HGB. steht als eine Neuschaffung des neuen Handelsgesetzbuches[6]) die zweite Hauptgruppe von Kaufleuten, die sogen. „Registerkaufleute". Es sind dies die Kaufleute der §§ 2 u. 3 HGB., welche ihre Kaufmannseigenschaft erst durch die Eintragung ihrer Firma ins Handels-

---

[5]) Düringer u. Hachenburg S. 31; Makower S. 25.

[6]) Insoweit Personenkaufleute in Frage kommen, von denen zunächst nur gesprochen werden soll.

register erlangen. Selbstverständlich sind die Eintragungen an bestimmte sachliche Voraussetzungen gebunden.

Diese Voraussetzungen sind:

1. Nach § 2 HGB. ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, jedoch nicht unter § 1 Abs. 2 fällt.

Was unter kaufmännischem Geschäftsbetrieb zu verstehen ist, ist oben gesagt. Bei dem Vorliegen der oben erwähnten Voraussetzungen gilt das Unternehmen als Handelsgewerbe, und der Unternehmer ist zur Eintragung ins Handelsregister verpflichtet, weshalb man diese Gruppe von Gewerbetreibenden „Sollkaufleute" nennt.

2. Nach § 3 HGB. ein mit dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft verbundenes Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert oder das sogar Geschäfte der im § 1 Abs. 2 bezeichneten Art zum Gegenstande hat, dafern es bloß ein Nebengewerbe des land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes darstellt.

Ein Nebengewerbe liegt vor, wenn es mit dem Hauptgewerbe, dem Betriebe der Land- oder Forstwirtschaft, derartig im Zusammenhange steht, daß es in ihm seine wesentliche Stütze und Grundlage hat, den Zweck des Hauptgewerbes zu unterstützen bestimmt ist und nur als eine Art Nebensache oder Pertinenz im Verhältnis zum Hauptgewerbe zu betrachten ist. Bei Vorhandensein dieser Voraussetzung ist der Unternehmer berechtigt, nicht verpflichtet, seine Firma ins Handelsregister eintragen zu lassen. Man bezeichnet diese Gruppe von Gewerbetreibenden deshalb als „Kannkaufleute".

Da in diesen beiden Fällen die Unternehmer erst durch die Eintragung ins Handelsregister Kaufleute werden, so hat hier die Eintragung nicht nur rechtsbekundende, sondern rechtsbegründende, konstitutive Bedeutung. Bei dieser zweiten Klasse von Kaufleuten, und zwar Personenkaufleuten, ist also der Firmeneintrag zu einem wesentlichen Bestandteil des Kaufmannsbegriffes erhoben worden. Diese Art von Kaufleuten gab es im alten Handelsgesetzbuch nicht, in ihm war der Firmeneintrag auf den Erwerb oder Verlust der Kaufmannseigenschaft ohne jeden Einfluß.

Es galt früher für Personenkaufleute nur der eine Grundsatz, daß die Kaufmannseigenschaft einzig und allein auf dem gewerbsmäßigen Betriebe von Handelsgeschäften und nicht auf der Eintragung beruhe. Daher war eine Person, welche die Verpflichtung zur Eintragung hatte, auch bei Nichterfüllung dieser Pflicht

Kaufmann, während andererseits ein Gewerbetreibender, der keines der Grundhandelsgeschäfte betrieb, durch eine etwa zu Unrecht erfolgte Eintragung ins Handelsregister dennoch keine Kaufmannseigenschaft erlangte. Die Eintragung ins Handelsregister begründete nicht einmal die rechtliche Vermutung dafür, daß der Eingetragene Kaufmann im Sinne des Gesetzes sei, sondern es kam ihr nur die Bedeutung einer Beurkundung der Tatsache zu, daß die der Registrierung zugrunde liegende Anmeldung wirklich mit dem eingetragenen Inhalt stattgefunden habe;[7]) der Firmeneintrag bekundete für Personenkaufleute nur, daß der Eingetragene gewisse Erklärungen über seine kaufmännischen Verhältnisse abgegeben hatte, aber keineswegs die Wahrheit dieser Verhältnisse; eine rechtlich bedeutsame Präsumtionswirkung hatte der Firmeneintrag nicht.[8])

Die Folge hiervon war, daß beim Bestreiten der Kaufmannseigenschaft eines ins Handelsregister Eingetragenen die Bezugnahme auf diesen Eintrag zum Beweise für die Kaufmannseigenschaft nicht genügte, sondern der Nachweis der sachlichen Voraussetzungen für die Kaufmannseigenschaft erforderlich war. Für die Registerkaufleute des neuen Handelsgesetzbuches erübrigt sich dies, da ja hier, wie schon gesagt, bei Vorhandensein der materiellen Voraussetzungen der Eintrag ins Handelsregister konstitutive Bedeutung und Wirkung für die Kaufmannseigenschaft hat.

Dagegen ist dem alten wie dem neuen Handelsrecht die Bestimmung gemeinsam, daß der eingetragene Kaufmann sich mit der Wirkung auf die von ihm zum Handelsregister angemeldeten, in dasselbe eingetragenen und ordnungsgemäß publizierten Tatsachen berufen kann, daß sie ein Dritter gegen sich als bekannt gelten lassen muß, es sei denn, daß er zu beweisen vermag, er habe sie weder gekannt noch kennen müssen (Art. 25 Abs. 3 altes HGB., § 15 Abs. 2 HGB.). Diesen Beweis zu erbringen, dürfte aber in den meisten Fällen mißlingen.

Weiterhin ist man sowohl unter der Herrschaft des alten wie auch des neuen Handelsgesetzbuches, was die Beweiskraft der Eintragung in das Handelsregister anlangt, übereinstimmend der Ansicht, daß durch die Einträge im Handelsregister die Abgabe der betreffenden Erklärungen durch die Beteiligten vor dem Richter erwiesen wird,[9]) daß sie eine Beurkundung der Erklärungen der Beteiligten, der ordnungsmäßigen Anmeldung dar-

---

[7]) Gareis, Lehrb. S. 19.
[8]) Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 30.
[9]) Jacobick S. 8; RG. in Straff. Bd. 18 S. 180.

stellen,[10]) oder, wie Yelin (S. 36) sagt, es kommt der Eintragung die Bedeutung einer Beurkundung der Tatsache zu, daß die der Registrierung zugrunde liegende Erklärung wirklich mit dem eingetragenen Inhalte stattgefunden habe (vgl. Gareis S. 34). Streitig dagegen ist die Frage, ob durch die Handelsregistereinträge auch der Beweis für das Bestehen der eingetragenen Tatsachen gegeben ist. Die oben zitierte Reichsgerichtsentscheidung (RG. in Strafs. Bd. 18 S. 180) verneint dies und steht auf dem Standpunkt, daß die Eintragung keine Beurkundung über die Tatsachen, die den Gegenstand der abgegebenen Erklärung bilden, ist. Meines Erachtens ist dieser Standpunkt der richtige, und zwar läßt sich dieser Schluß aus einem Vergleich mit dem Grundbuche ziehen. Für das Grundbuch, dessen Einträge konstitutive Wirkung haben, stellt § 891 BGB. ausdrücklich die Rechtsvermutung auf, daß das im Grundbuche für jemanden eingetragene Recht diesem auch wirklich zustehe. Einen solchen allgemeinen Satz kennt jedoch das Handelsgesetzbuch nicht, woraus man folgern muß, daß es den Handelsregistereinträgen im allgemeinen auch diese Wirkung nicht beilegen will. Fernerhin ist für die Beantwortung dieser Frage auch in Betracht zu ziehen, inwieweit dem Registerrichter ein gesetzliches Prüfungsrecht obliegt. Die Antwort hierauf soll später gegeben werden und hier nur vorweg gesagt werden, daß das Prüfungsrecht und die Prüfungspflicht des Registerrichters keinesfalls so weit geht, daß Eintragungen ausgeschlossen würden, die infolge Mangels der materiellen Voraussetzungen zu Unrecht erfolgen, oder es vermieden würde, daß bestehende Einträge infolge Schwindens der materiellen Voraussetzungen unrechtmäßig werden.

Die materiellen Voraussetzungen für die Eintragung ins Handelsregister fehlen stets, wenn es sich um „Minderkaufleute" handelt. Diese Minderkaufleute sind die wirtschaftlich Schwächeren, denen deshalb der Gesetzgeber durch die Bestimmungen des Handelsgesetzbuches einen bestimmten Schutz zuteil werden läßt und bestimmte Beschränkungen auferlegt, indem er im § 4 HGB. bestimmt, daß die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura auf Handwerker sowie auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung finden, und daß durch eine Vereinigung zum Betrieb eines solchen Handwerkes oder Kleingewerbes eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht begründet werden kann. Weiterhin bestimmt der

[10]) Lehmann, Lehrb. S. 143; ebenso Heinemann S. 5; Schönberg S. 6.

Gesetzgeber im § 351 HGB., daß die Vorschriften der §§ 348—350 HGB. über die Unzulässigkeit der richterlichen Herabsetzung einer von einem Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen Vertragsstrafe, über den Ausschluß der Einrede der Vorausklage und über die Gültigkeit formlos geleisteter Bürgschaften, Schuldversprechungen und Schuldanerkenntnisse für die „Minderkaufleute" des § 4 keine Geltung haben. Im Gegensatz zu diesen Minderkaufleuten bezeichnet man alle anderen Kaufleute, weil für sie das Handelsgesetzbuch im vollen Umfange gilt, als „Vollkaufleute".

Da die §§ 2 u. 3 HGB. ein gewerbliches Unternehmen voraussetzen, das nach Art und Umfang einen kaufmännischen Geschäftsbetrieb erfordert, ergibt es sich, daß bei Soll- und Kannkaufleuten ein Unterschied zwischen Voll- und Minderkaufleuten nicht gemacht werden kann, Minderkaufleute also nur unter den Mußkaufleuten möglich sind.[11]) Weiterhin ergibt das bisher Ausgeführte, daß die sachliche Voraussetzung für die Vollkaufmannseigenschaft, wenn man vom Registereintrag der Kaufleute nach §§ 2 u. 3 HGB. absieht, stets die Anlage des Unternehmens, das Erfordernis großkaufmännischer Einrichtungen für den Betrieb bildet.

Gerade in dieser Hinsicht ist aber die Entscheidung, ob Groß- oder Kleinbetrieb, ob Fabrik oder Handwerk vorliegt, oft sehr schwer zu treffen. Maßgebend ist der Geschäftsumfang, die Größe und Beschaffenheit der Anlage. Auch die nach dem Geschäftsumfang bemessene Steuerpflicht wird praktisch als Grenzlinie zwischen Groß- und Kleinhandel mit in Betracht zu ziehen sein. Anlagekapital und Ertrag des Unternehmens, die Größe des Personals, die Tatsache, ob mit fremdem oder nur mit eigenem Kapital gearbeitet, ob direkt vom Produzenten oder erst vom Grossisten bezogen, ob in kleinen Quantitäten verkauft, ob über die Grenzen des Ortes hinaus oder nur innerhalb des Platzes gehandelt wird, ob der Unternehmer selbst an der Arbeit teilnimmt oder nur die Oberleitung hat, die Art der Buchführung, gewisse Zahlungsformen, wie Giro, Skontration, Schecks usw., die Art der Herstellung der Arbeitsprodukte und anderes mehr werden bei der Feststellung, ob Großbetrieb, ob Fabrik vorliegt, ausschlaggebend sein.

Daß derartige Feststellungen oft sehr schwierig sind, einen tiefen Einblick in den Betrieb erfordern, der einem Dritten meist fehlen wird, und dessen Gewährung dem Inhaber des Betriebes selbst auch meist sehr lästig sein würde, und daß deshalb die Notwendigkeit der Anstellung derartiger Untersuchungen durch einen Dritten von Fall zu Fall vermieden werden muß, ist offensichtlich.

---

[11]) Staub S. 64, 67.

Der gutgläubige, eine schnelle Abwicklung der Geschäfte benötigende Handelsverkehr bedurfte deshalb eines festen Anhaltspunktes, dem er trauen darf und der derartige Ermittlungen überflüssig macht. Einen solchen Anhalt will der Gesetzgeber durch den Firmeneintrag ins Handelsregister geben. Die unbeschränkte Öffentlichkeit des Handelsregisters, die Veröffentlichung der Registereinträge sollen dazu dienen, diesen Anhaltspunkt der allgemeinen Kenntnis zugängig zu machen.

Nach dem oben Ausgeführten sind aber nun, obschon die Richtigkeit der Handelsregistereinträge durch verschiedene Mittel angebahnt wird, Unrichtigkeiten des Handelsregisters nicht zu vermeiden. Die Eintragungen können keine volle Gewähr für die Richtigkeit der eingetragenen Tatsachen bieten,[12]) es können vielmehr Einträge in das Handelsregister bewirkt werden oder sich darin befinden, die an formellen Fehlern leiden oder materielle Unrichtigkeiten enthalten. Deshalb mußte dem Firmeneintrag als solchem eine gewisse Wirkung beigelegt werden,[13]) der ihm vertrauende Dritte mußte auch gegen zu Unrecht erfolgte oder unrechtmäßig gewordene Firmeneinträge geschützt werden, da sonst ja trotz des Firmeneintrags die oben erwähnten schwierigen Feststellungen nicht beseitigt würden. Mit Rücksicht darauf regelte der Gesetzgeber einen Fall eines solchen zu Unrecht erfolgten oder bestehenden Firmeneintrags ins Handelsregister, den Fall der Eintragung eines Nichtkaufmanns als Vollkaufmann ins Handelsregister, unter Berücksichtigung der Wichtigkeit, die gerade dieser Eintragung im Rechtsverkehr zukommt.

Der § 5 HGB. bestimmt in dieser Hinsicht:

> „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so kann gegenüber demjenigen, welcher sich auf die Eintragung beruft, nicht geltend gemacht werden, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder daß es zu den in § 4 Abs. 1 bezeichneten Betrieben gehöre".

Die nähere Betrachtung dieser dem alten Handelsgesetzbuch völlig fremden Gesetzesbestimmung und der sich an sie knüpfenden Rechtsfolgen soll die Aufgabe dieser Abhandlung sein.

---

[12]) Düringer u. Hachenburg S. 81; Goldmann S. 41; Lehmann S. 143; ebenso Schulze-Görlitz S. 6; Jacobick S. 10.
[13]) Denkschr. S. 17.

§ 2.

Entstehungsgeschichte des § 5 HGB.

Durch die Gesetzesvorschrift des § 5, die der Firmeneintragung ins Handelsregister eine so weitgehende, bestimmte, konstitutive Wirkung beilegt, hat der Gesetzgeber im neuen Handelsgesetzbuch eine Neuerung geschaffen, die das alte Handelsrecht nicht kannte. Denn im alten Handelsgesetzbuch gab es keine Bestimmung des Inhaltes, daß eine zu Unrecht erfolgte Eintragung oder bestehender Eintrag im Handelsregister im gewissen Umfange als richtig zu fingieren sei.[1]) Keine Rechtsvermutung sprach nach altem Handelsrecht dafür, daß der Inhaber einer eingetragenen Firma Vollkaufmannseigenschaft oder überhaupt Kaufmannseigenschaft besitze.

Dennoch hatte sich auch schon unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches nach und nach, wie Nord ausführt, aus Billigkeitsrücksichten der Grundsatz herausgebildet, daß ein Gewerbetreibender, der seine Firma ins Handelsregister eintragen ließ, diese öffentlich abgegebene Erklärung gegen sich gelten lassen mußte, jedoch nur mit der Folge, daß diese Wirkung zugunsten gutgläubiger Dritter und zuungunsten des zu Unrecht Eingetragenen eintrat, während der Eigetragene selbst keinerlei Rechte aus seiner öffentlichen Erklärung herleiten konnte.[2]) Unter Berücksichtigung des öffentlichen Glaubens des Handelsregisters auf Grund einer sehr extensiven Auslegung des Art. 12 Abs. 2 Satz 1 altes HGB. hatte man diesen Grundsatz entwickelt, damit der ins Handelsregister Eingetragene dem gutgläubigen, diesem Eintrag vertrauenden Dritten nach Handelsrecht haften solle. Eine weitergehende Wirkung konnte jedoch dem unrechtmäßigen Firmeneintrag nicht gegeben werden.

Bei der großen Tragweite, die sonach die Bestimmung des § 5 HGB. für das gesamte Handelsrecht haben sollte, ist es leicht erklärlich, daß der Gesetzgeber sich nur ganz allmählich und zögernd dazu entschließen konnte, den § 5 in seiner jetzigen Fassung zum Gesetz zu erheben und hierdurch dem Firmeneintrag eine so weittragende Bedeutung beizumessen.

Die Begründung zum ursprünglichen Entwurf des neuen Handelsgesetzbuchs, welcher im Jahre 1895 einer Kommission von Juristen und Kaufleuten zur Begutachtung vorgelegt wurde, enthielt auf S. 12 die Bemerkung, daß dem Firmeneintrag eine bindende Wirkung weder für den Prozeß- noch für den Straf-

[1]) Cosack S. 37.
[2]) Nord S. 20.

richter zugebilligt werden dürfe.[3]) Man schloß sich also ausdrücklich noch völlig dem alten Handelsgesetzbuche in dieser Hinsicht an, die Eintragung sollte, wie im alten Handelsgesetzbuch, nur deklaratorische Wirkung haben.

Der Entwurf des Reichsjustizamtes ging dann wenigstens bezüglich der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft einen Schritt weiter, indem er für sie im § 111 Abs. 4 die Bestimmung traf:

> „Nach der Eintragung in das Handelsregister kann die Unwirksamkeit nicht aus dem Grunde geltend gemacht werden, daß es in Ansehung des Gegenstandes oder der Art oder des Umfanges des Gewerbebetriebes an den nach den Vorschriften der §§ 1—3 maßgebenden Voraussetzungen fehle".

Zur Aufstellung dieser Bestimmung war der Entwurf des Reichsjustizamtes wahrscheinlich durch Berücksichtigung von Übelständen gelangt, die sich in der Praxis unter der Herrschaft des alten Handelsrechtes ergeben hatten. So war es öfter vorgekommen, daß Rechtshandlungen eingetragener offener Handelsgesellschaften für nichtig und die Gesellschaften selbst für nicht bestehend erklärt worden waren, weil sie Nichthandelsgeschäfte betrieben. Es waren in dieser Hinsicht einige Reichsgerichtsentscheidungen ergangen. Die eine betraf ein als offene Handelsgesellschaft ins Handelsregister eingetragenes Baugeschäft, welches sich neben der Anfertigung von Bauplänen und Herstellung von Bauten auf eigene Rechnung zu Spekulationszwecken hauptsächlich mit Terrainspekulationen befaßte. Von diesem Baugeschäft war unter der Firma eine Hypothek an einem Grundstück bestellt worden, die das Reichsgericht jedoch für ungültig erklärte, weil die Gesellschaft trotz ihrer Eintragung ins Handelsregister nicht existiere und die Hypothek daher von einem rechtlich nicht existierenden Subjekt bestellt worden sei.[4]) Hinzuzufügen ist, daß nach Art. 275 altes HGB. Verträge über Immobilien niemals Handelsgeschäfte sein konnten.

Durch eine andere Reichsgerichtsentscheidung wurde ein gegen eine gleichartige eingetragene offene Handelsgesellschaft ergangenes Urteil für bedeutungslos erklärt mit der Begründung, daß die beklagte Gesellschaft als offene Handelsgesellschaft überhaupt nicht existiere.[5])

Trotzdem der oben aufgeführte § 111 Abs. 4 des Reichsjustizamtsentwurfs wenigstens bezüglich der offenen Handelsgesellschaft

[3]) Schirrmeister in Goldschmidts Zeitschr. Bd. 49 S. 37.
[4]) Bolze, Praxis d. RG. in Zivils. Bd. 6 Nr. 631.
[5]) Bolze, Praxis d. RG. in Zivils. Bd. 9 Nr. 711 a.

und der Kommanditgesellschaft einen Schritt vorwärts gegangen war und den Standpunkt des alten Handelsrechts überschritten hatte, wurde diese Bestimmung von der Kritik nicht beifällig aufgenommen, sondern es wurde mehr verlangt. Man hielt die getroffene Bestimmung im allgemeinen für zu eng[6]) und verlangte ihre Ausdehnung auch auf die Einzelkaufleute, „damit man sich darauf verlassen könne, daß derjenige, der in das Handelsregister als Kaufmann eingetragen ist, wirklich als Kaufmann gelte, daß er die ihm als Kaufmann obliegenden Pflichten wirklich zu erfüllen habe, daß er seinem Gegenkontrahenten nach Handelsrecht hafte und seine Kaufmannseigenschaft später nicht bestreiten könne unter dem Vorgeben, daß er ein in kaufmännischer Weise eingerichtetes Geschäft nicht betreibe und daher Nichtkaufmann sei".[7]) Dieses Verlangen wurde nicht nur von juristischer Seite, sondern auch aus Kaufmannskreisen gestellt, und in zahlreichen Handelskammern und Interessenvertretungen wurden dahingehende Anträge eingebracht. Trotzdem wurde der Entwurf diesen Wünschen, abgesehen von § 111 Abs. 4 des Entwurfes für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft, nicht gerecht und dehnte jene Bestimmung nicht auf die Einzelkaufleute aus.

Der Entwurf begründete seinen Standpunkt damit, daß eine derartige Vorschrift mit der rechtlichen Bedeutung, welche im übrigen den Eintragungen in das Handelsregister zukomme, in Widerspruch stehen würde und daß gegenüber dem Einzelkaufmann kein Bedürfnis bestehe, der Eintragung eine so weitgehende Wirkung beizulegen wie bei der offenen Handelsgesellschaft.[8])

Diese Regelung rief, zumal bei der Unstichhaltigkeit ihrer Begründung, allgemeines Mißfallen hervor, und von allen Seiten wurde der Denkschrift gegenüber betont, daß der Handelsverkehr denselben Schutz und dieselbe Sicherheit bei allen Registereinträgen fordern könne, gleichviel, ob es sich um einen Einzelkaufmann oder um eine Handelsgesellschaft handele.

Diesem allseitigen Verlangen gab die Regierung schließlich nach, und die 2. Kommission dehnte die Spezialvorschrift des § 111 Abs. 4 1. Entw. durch den jetzigen § 5 HGB. auch auf die Einzelkaufleute aus.

§ 3.

Die allgemeine Bedeutung des § 5 HGB.

Die im vorhergehenden Paragraphen geschilderte Entstehungsgeschichte des § 5 HGB., das Zögern, mit dem der Gesetzgeber sich

[6]) Nord S. 25.
[7]) Dickel Bem. S. 40; Petri, DJZ. 1897 S. 16, 17; Nord S. 27.
[8]) Denkschr. 1896 S. 15.

zur Aufstellung dieses Rechtssatzes entschloß, beweisen schon deutlich die große Bedeutung, die dem § 5 innewohnt und deren sich der Gesetzgeber voll bewußt war. Einen weiteren Beweis hierfür liefert die Denkschrift, indem sie als leitenden Gedanken für das neue Handelsgesetzbuch den Satz aufstellt: „Wer weder Grundhandelsgeschäfte betreibt noch in das Handelsregister eingetragen ist, kann unter keinen Umständen Kaufmann sein".[1]) Bei weitgehender Interpretation dieses Satzes kann man wohl zu dem Schlusse kommen, daß Kaufmann sein soll, wer entweder Grundhandelsgeschäfte betreibt oder in das Handelsregister eingetragen ist.

Das sicherste Zeugnis aber für die große Bedeutung, die der Gesetzgeber dem § 5 beilegte, liefert die Ausführung, die der Abgeordnete Bassermann als offizieller Berichterstatter der Kommission, mithin als Verkünder der in der Gesetzeskommission über die Tragweite des § 5 herrschenden Ansicht, bei der Beratung des neuen Handelsgesetzbuches im Plenum des Reichstages zu § 5 gab. Er führte aus: „Im § 5 ist bestimmt, daß der Eintrag in das Handelsregister eine konstitutive Wirkung hat und daß, wenn auch sachlich die Voraussetzungen zur Eintragung nicht vorgelegen haben, der betreffende Kaufmann nicht den Einwand erheben kann, er sei kein Kaufmann, die betreffende Eintragung sei zu Unrecht erfolgt".[2])

Diese Ausführung berechtigt zu der logischen Schlußfolgerung, daß die Kommission die Ansicht vertrat, jeder Gewerbetreibende, für den eine Firma im Handelsregister eingetragen ist, gleichgültig, ob auf seinen Antrag hin oder durch andere Umstände, ist ohne weiteres durch diese Tatsache der Eintragung Vollkaufmann geworden, daß mithin diese Eintragung der Firma ins Handelsregister von absolut konstitutiver Bedeutung für die Vollkaufmannsqualität sei.[3]) Die oben angeführte Auslegung des Satzes der Denkschrift würde alsdann mit dieser Schlußfolgerung im Einklange stehen.

Jedoch ist sowohl die Denkschrift als auch die Anschauung der Kommission für den tatsächlichen Willen des Gesetzbuches nicht absolut maßgebend, und sicherlich kann man eine so große Bedeutung der Eintragung ins Handelsregister auch unter dem neuen Handelsgesetzbuch nicht beilegen.[4])

Die Übelstände aber, die sich schon unter der Herrschaft des alten HGB. daraus ergeben hatten, daß die Eintragung einer Firma im Handelsregister keine Garantie für die Kaufmanns-

[1]) Denkschr. Bd. 1 S. 12, Bd. 2 S. 10.
[2]) Hahn-Mugdan Bd. 6 S. 500.
[3]) vgl. Zweifel S. 10.
[4]) vgl. Zweifel S. 11.

eigenschaft des Eingetragenen bot, daß sie besonders auch für die Rechtswirksamkeit von Rechtshandlungen, die eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft im Betriebe ihres Handelsgewerbes vornahm, und überhaupt für das Bestehen dieser Gesellschaften keine Sicherheit gab — wie schon oben ausgeführt —, des weiteren die Erkenntnis, daß diese Übelstände in noch weit größerem Maße hervortreten würden, wenn man bei der im § 2 des Entwurfes vorgesehenen Erweiterung des Begriffes des Handelsgewerbes unverändert auf dem bisherigen Standpunkt des alten Handelsgesetzbuches beharren würde, haben den Gesetzgeber zur Erkenntnis der Notwendigkeit geführt, trotz seiner Abneigung dagegen dennoch der Firmeneintragung ins Handelsregister für den Fall der Unstimmigkeit der Eintragung mit der materiellen Wahrheit, dem wahren Sachverhalt, eine besondere Stellung einzuräumen.

Wäre der Gesetzgeber auf dem Standpunkt des alten Handelsgesetzbuches stehen geblieben, daß der Firmeneintrag nur beurkundend wirke, dann könnte ein im Handelsregister als Kaufmann Eingetragener nach wie vor seinen ihn verklagenden Gegner, sei es, um sich der handelsrechtlichen Haftung zu entziehen, sei es auch nur aus Schikane, durch den Einwand, daß er gar kein Vollkaufmann, sondern seine Eintragung zu Unrecht erfolgt sei, zum Nachweise seiner Kaufmannsqualität zwingen. Jeder Kaufmann müßte sich dann vor dem Abschluß von Geschäften, falls er nicht Gefahr laufen will, erst gewissenhaft überzeugen und nachforschen, ob der andere Teil auch tatsächlich Kaufmann sei.

Diese Rechtsunsicherheit, diese Erschwerung der Rechtsverfolgung und des kaufmännischen Verkehrs beseitigt der § 5 HGB. durch seine Bestimmung, daß gegenüber der Berufung auf die Firmeneintragung ins Handelsregister nicht geltend gemacht werden kann, daß das unter der Firma betriebene Gewerbe kein Handelsgewerbe sei, oder daß es nur unter die Klasse der im § 4 Abs. 1 bezeichneten Betriebe, der Kleingewerbebetriebe, gehöre.[5])

Hierin liegt die allgemeine Bedeutung des § 5 HGB.

§ 4.

Die Voraussetzungen für die Anwendung des § 5 HGB.

Der § 5 HGB. gibt durch seinen Wortlaut selbst die Voraussetzungen für seine Anwendbarkeit, und zwar lassen sich folgende drei Voraussetzungen feststellen:

[5]) Denkschr. S. 17.

1. Der Firmeneintrag ins Handelsregister, denn das Gesetz sagt: „Ist eine Firma ins Handelsregister eingetragen". Der Firmeneintrag ins Handelsregister muß also unbedingt vorhanden sein.

Daß eine Publikation (§ 10 HGB.) dieser Firmeneintragung erfolgt sei, ist nicht Erfordernis, vielmehr beginnt die konstitutive Wirkung des § 5 mit der Eintragung ins Handelsregister und endigt mit seiner Löschung. Dies ist in der Literatur wohl auch einstimmig anerkannt.[1] Allerdings ist auch die Publikation nicht ohne Einfluß, wie später im § 8 dieser Abhandlung näher auszuführen ist, denn hiervon kann unter Umständen für den Eingetragenen die Möglichkeit der Geltendmachung der konstitutiven Wirkung des § 5 abhängen infolge der allgemeinen Publizitätswirkung des § 15 HGB.

Weiterhin setzt § 5 nicht voraus, daß die Eintragung mit der Anmeldung übereinstimmt, daß der Eingetragene die Eintragung bewirkt hat, daß überhaupt der Eintragung der Firma eine Anmeldung zugrunde liegt. Selbst wenn der Registerrichter versehentlich andere als die angemeldeten Tatsachen eingetragen hat, wenn er einen Eintrag ohne Anmeldung oder nach Zurückziehung der Anmeldung aus Versehen bewirkt hat, oder ein Dritter ohne Wissen des Eingetragenen unbefugt die Eintragung veranlaßt hat, ist diese erste Voraussetzung für § 5 gegeben. Einreden aus diesem Gesichtspunkt läßt also der § 5 nicht zu.[2]

2. Eine zweite Voraussetzung wird durch die Berufung einer Person auf die Eintragung gebildet, denn das Gesetz bestimmt: „so kann gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft".

Dies führt zu der Schlußziehung, daß der Gesetzgeber die konstitutive Wirkung dem Firmeneintrag nicht unbedingt beilegen will, da er sie an die Voraussetzung knüpft, daß sich jemand auf den Firmeneintrag beruft. Insofern ist also die Anwendbarkeit des § 5 gewissermaßen vom Willen der Parteien abhängig gemacht. Nur wenn sich jemand auf den Firmeneintrag beruft, tritt dessen konstitutive Wirkung in Kraft,[3] sie ist demnach in gewisser Hinsicht als eine bedingte aufzufassen. Dies entspricht

[1] Düringer u. Hachenburg S. 86; Makower S. 43; Lehmann-Ring S. 44; Staub S. 78; derselben Ansicht Goldmann S. 35; Jacobick S. 45, 46; Venus 17; Voigt S. 9.

[2] Lehmann-Ring S. 44; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 37; ebenso Nord S. 45; Venus S. 17; a. M. Düringer u. Hachenburg S. 84.

[3] Gareis S. 24; Graff S. 17; Blumenthal S. 10; Finger S. 41; Nord S. 32; Schönberg S. 48; Zweifel S. 25.

auch dem Willen des Gesetzgebers, durch die Einführung des § 5 eine Schutzvorschrift für den gutgläubigen Handelsverkehr im Interesse der Rechtssicherheit aufzustellen. Sind der eingetragene Firmeninhaber und sein Gegenkontrahent darüber einig, daß die Verpflichtungen des ersteren nicht nach Handelsrecht, sondern nur nach den allgemeinen zivilen Grundsätzen beurteilt werden sollen, weil der erstere in Wirklichkeit kein Handelsgewerbe betreibt, so wäre es unerfindlich, dennoch die Anwendung des Handelsrechtes vorzuschreiben, nur weil der Firmeneintrag erfolgt ist.

Nicht erforderlich dagegen ist der „gute Glaube" an die Richtigkeit des Handelsregisters seitens dessen, der sich auf den Firmeneintrag beruft; ein Kennen oder Kennenmüssen der Unrichtigkeit des Registereintrags schließt die Anwendbarkeit des § 5 nicht aus, dahin zielende Einreden läßt der § 5 nicht zu.[4]) Die konstitutive Wirkung des Firmeneintrags nach § 5 ist in dieser Hinsicht also eine unbedingte, auf ihn kann sich jeder berufen, auch der Eingetragene selbst, auch der Schlechtgläubige. Die Wirkung geht hier sogar weiter als der öffentliche Glaube des Grundbuchs, der nur zugunsten Dritter Platz greift und da auch dann versagt, sobald der Dritte die Unrichtigkeit einer Eintragung kennt.

3. Die dritte Voraussetzung des § 5 ist der Betrieb eines Gewerbes. Da das Gesetz sagt: „das unter der Firma betriebene Gewerbe", und nur den Einwand versagt, daß dieses kein Handelsgewerbe oder kein Vollhandelsgewerbe sei, so bildet auf jeden Fall der Betrieb eines Gewerbes mit die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5.[5])

Es macht sich deshalb hier die Feststellung nötig, was man unter dem Begriff „Gewerbe" versteht. Das Handelsgesetzbuch sagt zwar, welche Gewerbebetriebe als Handelsgewerbe anzusehen sind, enthält sich aber einer Definition des Begriffes „Gewerbe". Mangels einer Legaldefinition ist man daher auf eine der von der Wissenschaft aufgestellten Definitionen angewiesen. Man versteht unter „Gewerbe" im allgemeinen „jede auf einen dauernden Erwerb gerichtete selbständige private Tätigkeit, die nicht in Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft besteht".[6])

[4]) Cosack S. 37; Gareis, Lehrb. S. 26; Staub S. 79; Goldmann S. 35; derselben Ansicht Jacobick S. 14; Venus S. 17; Voigt S. 19; Zweifel S. 12.

[5]) Cosack S. 37; Düringer u. Hachenburg S. 25 f.; Lehmann S. 69, 78; Staub S. 77, 80, allerdings mit der Einschränkung, daß bei einem „Sichgerieren" als Kaufmann unter Umständen auch der Gewerbebetrieb entbehrlich sei; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 42; Goldmann S. 36; ebenso Blumenthal S. 31; Finger S. 44; Graff S. 17; Jacobick S. 14; Venus S. 15; Voigt S. 13; Zweifel S. 12.

[6]) vgl. Definitionen bei Düringer u. Hachenburg S. 25; Gareis

Die liberalen Berufe und freien Künste sind sonach ausgeschlossen. Ärzte, Dichter, Literaten, Lehrer, Kunstmaler, Rechtsanwälte usw. sind niemals Gewerbetreibende im Sinne des Handelsgesetzbuchs.

Die Tätigkeit des Gewerbetreibenden muß also in erster Linie auf längere Dauer berechnet sein, wennschon auch die Dauer einer Badesaison oder Kunstausstellung genügen würde.[7]) Es betreibt aber derjenige kein Gewerbe, welcher nur unter Ausnutzung einer besonders günstigen Einkaufsgelegenheit, z. B. ausnahmsweise billiger Einkaufspreise, einmal eine gewinnbringende Tätigkeit entfaltet. Demgegenüber würde aber auch wieder auf der anderen Seite eine kurze Tätigkeit genügen, wenn sie von gewissen Voraussetzungen, z. B. dem Vorhandensein des Frostes, abhängig ist, falls nur diese Tätigkeit in der erklärten oder doch erkennbaren Absicht der Wiederholung ausgeübt wird.

Die Tätigkeit muß weiterhin auf Erwerb gerichtet sein, also um des Gewinnes willen erfolgen, nicht nur ihre eigenen Kosten decken wollen, sondern dauernd die Erzielung eines ihre Kosten übersteigenden Gewinnes bezwecken.[8]) Ob dann tatsächlich Gewinn gemacht wird, kommt nicht in Frage.[9]) Die Erwerbsabsicht muß das ausgeprägt bestimmende Motiv für die Tätigkeit sein; deshalb scheiden die Tätigkeiten aus, die zwar mit, aber nicht allein um des Erwerbes willen geschehen, wie die Tätigkeiten von Künstlern.

Die auf Erwerb gerichtete Tätigkeit muß fernerhin auch nach außen hin erkennbar sein,[10]) denn die Zugehörigkeit zu einem Berufsstande setzt auch ein gewisses erkennbares Auftreten als Standesangehöriger voraus; wer bloß im Stillen Erwerbsgeschäfte betreibt, lehnt es ab, sich zu dem Stande zählen zu lassen.[11]) Demnach genügt die einem Dritten nicht erkennbare stille Absicht nicht, sich durch wiederholte Spekulationsgeschäfte eine dauernde Einnahme zu verschaffen.[12]) Eine förmliche Willenserklärung, eine dauernde, auf Erwerb gerichtete Tätigkeit ausüben zu wollen, wie Anmeldung der Firma zum Handelsregister, Versendung von Zirkularen oder öffentliche Annoncierung ist dabei nicht erforderlich, konkludente Handlungen, wie die Eröffnung eines Ladens, werden diese ersetzen können.

S. 5; Goldmann S. 2; Lehmann S. 62; Makower S. 2; Staub S. 31; Blumenthal S. 14; Finger S. 46; Venus S. 14; Voigt S. 13, 14; Zweifel S. 13.

[7]) Cosack S. 22; Lehmann S. 63.

[8]) Makower S. 2; Lehmann S. 63.

[9]) Gareis, Lehrb. S. 47; Lehmann S. 63, RG. Bd. 37 S. 297.

[10]) Lehmann S. 64; Voigt S. 14; Venus S. 15.

[11]) Lehmann S. 64.

[12]) Düringer u. Hachenburg S. 25, 26.

Außerdem muß die Tätigkeit eine selbständige sein, der Gewerbetreibende muß die Geschäfte im eigenen Namen, also unter der Firma, unter der er im Handelsregister eingetragen ist, betreiben, die Vorschiebung eines Strohmanns genügt nicht. Eine selbständige Tätigkeit würde dann fehlen, wenn der Eingetragene nicht Firmeninhaber, sondern nur Angestellter der Firma wäre. Schließlich muß die Tätigkeit auch eine private sein, weshalb Reichs- und Landesposten, die trotz § 452 HGB. ins Handelsregister eingetragen wären, kein Gewerbe betreiben, da ihre Tätigkeit keine private ist.

§ 5.

Die sich aus § 5 HGB. ergebenden Einreden.

Nachdem im vorhergehenden Paragraphen die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des § 5 HGB. dargelegt worden sind, sollen anschließend die nach § 5 zulässigen und unzulässigen Einreden festgestellt werden, und zwar zunächst nur hinsichtlich der Personenkaufleute, da die Erörterung der Anwendbarkeit des § 5 auf Handelsgesellschaften einem späteren Paragraphen vorbehalten bleiben soll.

Der § 5 HGB. versagt durch seinen Wortlaut von vornherein der Berufung auf die Eintragung gegenüber zwei Einreden: die Einreden, daß das Gewerbe überhaupt kein Handelsgewerbe, oder daß es nur ein Minderhandelsgewerbe sei.

Besteht also der Firmeneintrag im Handelsregister zu Unrecht, sei es, weil die materiellen Voraussetzungen bei der Eintragung gefehlt haben, sei es, weil sie nach der Eintragung in Wegfall gekommen sind, so schneidet die Berufung auf den Firmeneintrag die Einrede, daß kein Handelsgewerbe vorliege, ab, falls der Gewerbetreibende nach § 1 Ziff. 2 u. 9 HGB. nicht den Umfang des Handwerkers überschreitet, der nach § 1 Ziff. 5 HGB. das Gewerbe der Personenbeförderung zu Lande und auf Binnengewässern Betreibende dies nicht im Umfange einer Anstalt tut, oder der nach §§ 2 oder 3 HGB. eingetragene Gewerbetreibende nur einen Gewerbebetrieb hat, der nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert; die Einrede, daß nur ein Minderhandelsgewerbe vorliege, wird durch die Berufung auf den Firmeneintrag aber dann abgeschnitten, wenn bei einem sonst auf Grund von § 1 Ziff. 1, 3, 4, 5, 6, 7 u. 8 HGB. Eingetragenen der Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Handwerks oder Kleingewerbes hinausgeht.

Die negative Fassung des § 5 HGB. ergibt aber, daß andere Einreden der Berufung auf den Firmeneintrag gegenüber zulässig sind.

Der Betrieb eines Gewerbes ist, wie schon ausgeführt, Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5 HGB.; mithin kann in erster Linie der Berufung auf die Eintragung die Einrede des mangelnden Gewerbes entgegengestellt werden.[1]) Der Gesetzgeber geht nicht so weit, daß er der Eintragung allein ohne das tatsächliche Vorhandensein eines Gewerbebetriebes die in § 5 gegebene Rechtswirkung beilegt, denn die Eintragung allein erbringt ja keinen Beweis der eingetragenen Tatsachen, sondern bei Bestreiten derselben müssen diese, abgesehen von den durch § 5 präsumierten Tatsachen, nach den allgemeinen Beweisgrundsätzen bewiesen werden. Für die Tatsache des mangelnden Gewerbebetriebes muß deshalb im Bestreitungsfalle gegenüber der Berufung auf § 5 der Beweis geführt werden, und zwar trifft die Beweislast denjenigen, der trotz des Firmeneintrags den Mangel des Gewerbes behauptet, da das Gegenteil erfahrungsmäßig die Regel ist.[2]) So kann also ein Rentier, für den versehentlich eine Firma im Handelsregister eingetragen worden ist, geltend machen, daß er ja gar kein Gewerbe unter der eingetragenen Firma betreibe. Dies ist in der Literatur allgemein anerkannt.

Allerdings ist hier eine Einschränkung einzufügen. Wendet nämlich der eingetragene Firmeninhaber gegenüber der Berufung eines Dritten auf den Firmeneintrag und die Rechtswirkung des § 5 HGB. ein, er habe zwar unter der Firma früher ein Gewerbe betrieben, den Gewerbebetrieb jedoch eingestellt, die Rechtsvermutung des § 5 HGB. treffe also auf ihn nicht mehr zu, da er kein Gewerbe mehr betreibe, so versagt der Einwand des mangelnden Gewerbes infolge § 15 HGB. dann, wenn der Eingetragene nicht nachweisen kann, daß dem Dritten die Einstellung des Gewerbebetriebes und des hierdurch tatsächlich erfolgten Erlöschens der Firma bekannt war. Das Erlöschen der Firma ist nämlich nach § 31 Abs. 2 HGB. eine registerpflichtige Tatsache, auf deren Geltendmachung gegenüber Dritten § 15 HGB. mit seiner Publizitätswirkung Anwendung zu finden hat.[3])

[1]) Cosack S. 37; Düringer u. Hachenburg S. 58; Goldmann S. 35; Lehmann S. 69, 78; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 42; Staub S. 80; Cohn bei Gruchot 1891 S. 45; Finger S. 44; Jacobick S. 15; Venus S. 15; Voigt S. 16; Zweifel S. 13.

[2]) Lehmann-Ring S. 44; Makower S. 44; Staub S. 78, 79; vgl. auch Venus S. 16.

[3]) Düringer u. Hachenburg S. 58; Makower S. 44; Staub S. 106; vgl. auch § 7 d. Abhandl.

Durch die im § 4 für „Gewerbe" gegebene Definition sind die Bestandteile des Begriffes Gewerbe festgestellt. Jeder Mangel eines dieser wesentlichen Begriffsmerkmale stellt also den Mangel des Gewerbes dar und bildet eine Einrede gegen die Berufung auf den Firmeneintrag.

So können per argumentum e contrario fünf derartige Einreden gefunden werden:

1. Es liege überhaupt keine Tätigkeit vor, z. B. ein Rentier ist eingetragen worden;

2. es liege keine selbständige Tätigkeit vor, z. B. der Eingetragene ist nur Handlungsgehilfe, aber nicht Geschäftsinhaber;

3. es liege keine private Tätigkeit vor, z. B. ein staatliches Unternehmen ist eingetragen worden;

4. die Tätigkeit sei nicht auf einen Erwerb gerichtet, z. B. ein Philanthrop, der eine Speiseanstalt für Arme auf seine Kosten unterhält, ist eingetragen worden;

5. die Tätigkeit sei keine dauernde, z. B. der eingetragene Rentier schließt vereinzelt einmal ein Gelegenheitsgeschäft ab.

Wozu weiter noch die Einrede tritt, daß es sich nur um Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft handele.

Diese Einrede des mangelnden Gewerbes bietet ein geeignetes Mittel, Schwindelfirmen zu entlarven, die sich, gestützt auf ihre Eintragung ins Handelsregister, als Kaufmann gerieren. Wird der Berufung einer solchen Firma auf ihre Eintragung die Einrede entgegengesetzt, daß sie gar kein Gewerbe betreibe, und wird der Beweis hierfür erbracht, so findet auf sie § 5 HGB. keine Anwendung, ihr Inhaber gilt nicht als Kaufmann. Gemäß § 37 Abs. 1 HGB. und §§ 140, 142 FGG. wird der Registerrichter alsdann bei Kenntnis der Sachlage die Löschung der Firma herbeiführen. Dieselben Folgen werden eintreten, wenn unter der eingetragenen Firma ein gesetzwidriges Gewerbe betrieben wird, z. B. ein Heiratsvermittlungsbureau oder ein Wettbureau.

Als weitere Einwendungen gegenüber der Berufung auf den Firmeneintrag läßt der § 5 HGB. selbstverständlich auch alle diejenigen zu, die sich aus der Person des Eingetragenen selbst ergeben und sich gegen dessen Person richten. Diese Einwendungen werden durch den Firmeneintrag nicht beseitigt, z. B. der Einwand der beschränkten Geschäftsfähigkeit des Firmeninhabers.[4]) So kann ein Minderjähriger, der die nach § 112 BGB. erforderliche Genehmigung seines gesetzlichen Vertreters bezw. des Vormundschaftsgerichts zum selbständigen Betrieb eines Handelsgeschäfts nicht

---

[4]) Düringer u. Hachenburg S. 58; Staub S. 77; ebenso Jacobick S. 17; Thoering S. 23; Venus S. 16; Voigt S. 17.

besitzt, dem hieraus gegebenen Einwand der beschränkten Geschäftsfähigkeit nicht durch die Berufung auf die Eintragung seiner Firma ins Handelsregister und auf § 5 HGB. begegnen. Ebenso verhält es sich bei den durch § 114 BGB. hinsichtlich ihrer Geschäftsfähigkeit den Minderjährigen gleichgestellten Personen. Solche Personen besitzen auch nach erfolgter Eintragung bei dem Fehlen der gesetzlichen Ermächtigung zum selbständigen Betrieb eines Erwerbsgeschäfts keine Kaufmannseigenschaft.

Wie im § 4 ausgeführt, ist Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5 HGB., daß sich jemand auf den Firmeneintrag beruft. Wer sich im Einzelfall darauf berufen kann, sagt das Gesetz jedoch nicht, aber seine weitgehende Fassung in den Worten „gegenüber demjenigen, der sich auf die Eintragung beruft", läßt den Schluß zu, daß die Berufung auf § 5 HGB. jedermann gestattet und nicht auf bestimmte Personen beschränkt ist. Sowohl der eingetragene Firmeninhaber selbst als auch jeder Dritte kann sich auf den Firmeneintrag mit der Wirkung der Rechtsfolge aus § 5 HGB. berufen, die Berufung wirkt für und gegen den Eingetragenen.[5]) Einwendungen der Art, daß dem, der sich auf § 5 HGB. beruft, ein Recht hierzu nicht zustehe, sind also ausgeschlossen.

Aber nicht nur jedermann, sondern sogar der Schlechtgläubige kann sich auf die Eintragung mit der im § 5 ausgesprochenen Rechtswirkung stützen, denn wie schon in § 4 erläutert, ist guter Glaube kein Erfordernis für die Berufung auf die Firmeneintragung. Die Einrede der Schlechtgläubigkeit ist demnach gegenüber der Berufung auf § 5 HGB. ebenfalls ausgeschlossen. Beruft sich ein Dritter auf den Firmeneintrag, so kann ihm der eingetragene Firmeninhaber nicht einredeweise entgegenhalten, der Dritte habe gewußt oder wissen müssen, daß unter der eingetragenen Firma kein Voll- bezw. kein Handelsgewerbe betrieben werde. Derselbe Einwand ist aber auch gegenüber der Berufung des Eingetragenen selbst auf seinen Firmeneintrag versagt, was für diesen Fall von viel größerer Tragweite ist, denn im Zweifel wird gerade der eingetragene Firmeninhaber von der Unrichtigkeit seiner Eintragung Kenntnis haben und wissen, daß er kein Voll- bezw. Handelsgewerbe betreibt. Würde ihm gegenüber die Einrede des schlechten Glaubens stichhaltig sein, so käme man zu dem wenig befriedigenden Resultat, daß ein Gegenkontrahent des Eingetragenen auf Grund dieser Einrede dem Eingetragenen die

---

[5]) Denkschr. S. 17; Düringer u. Hachenburg S. 58; Gareis S. 25 ff.; Goldmann S. 35; Lehmann-Ring S. 43; Staub S. 78; derselben Ansicht Yelin S. 43; Jacobick S. 14; Voigt S. 19; Zweifel S. 12.

kaufmännischen Verzugszinsen in Höhe von 5 % verweigern könnte, von dem Eingetragenen selbst aber die fünfprozentigen Verzugszinsen beanspruchen könnte unter Führung des Beweises, daß er selbst bei Abschluß des Handelsgeschäftes gutgläubig gewesen sei, mithin für ihn ein zweiseitiges Handelsgeschäft vorgelegen habe. Die Sicherheit des Handelsverkehrs, die der Gesetzgeber durch die Einführung des § 5 HGB. erzielen will, wäre durch die Zulassung der Einrede des bösen Glaubens zum großen Teil wieder gefährdet. Nur durch Versagen dieser Einrede kann der § 5 HGB. seine volle Wirkung ausüben.

Allerdings ganz ohne Einfluß ist der schlechte Glaube nicht, denn dies würde wieder nach der entgegengesetzten Seite in bestimmten Fällen zu unhaltbaren Zuständen führen. Die Einrede der exceptio doli ist gegenüber der Berufung auf den Firmeneintrag nicht abgeschnitten, sie kann ihr gegenüber geltend gemacht werden.[6]) Veranlaßt z. B. ein Kaufmann einen anderen Gewerbetreibenden bewußt rechtswidrig, seine Firma ins Handelsregister eintragen zu lassen, um ihm dann unter Berufung auf die Eintragung die Einrede der Vorausklage für eine von ihm abgegebene Bürgschaftserklärung abzuschneiden oder um von ihm ein formloses Schuldanerkenntnis zu erlangen oder um ihm die Möglichkeit der Herabsetzung einer hohen Konventionalstrafe zu rauben, kurz um ihn absichtlich durch die Eintragung in eine ungünstige Rechtslage zu bringen, dann kann der Berufung auf den Firmeneintrag die exceptio doli wirksam entgegengesetzt werden, andernfalls würde ja gegen alle Rechtsgrundsätze von Treu und Glauben verstoßen.

Als weitere Konsequenz der oben in § 4 aufgestellten Behauptungen muß man der Berufung auf die Firmeneintragung gegenüber Einreden des Inhalts versagen, daß der Eintrag nicht mit den angemeldeten Tatsachen übereinstimme, daß seine Löschung längst beantragt sei, jedoch durch ein Versehen des Registerrichters noch nicht erfolgt sei, daß eine Anmeldung der erfolgten Eintragung überhaupt nicht oder von seiten des Eingetragenen (mit Ausnahme dolos von Seite des auf die Eintragung sich Berufenden herbeigeführter Eintragung) nicht zugrunde liege. Von diesem Gesichtspunkt aus muß die Tatsache des bestehenden Firmeneintrags genügen mit Rücksicht auf die Öffentlichkeit des Handelsregisters und zur Vermeidung der Rechtsunsicherheit, die durch Zulassung derartiger Einreden geschaffen würde.

---

[6]) Lehmann-Ring S. 43; Jacobick S. 14; Venus S. 18; Voigt S. 20.

§ 6.

Die unwiderlegliche Rechtsvermutung als Wirkung des § 5 HGB. auf die Kaufmannseigenschaft des Eingetragenen.

Während in der Literatur infolge des Wortlautes der Gesetzesbestimmung bei der Aufstellung der nach § 5 HGB. zulässigen und der durch ihn abgeschnittenen Einreden die Ansichten fast alle übereinstimmen, hat sich über die positive Rechtswirkung des § 5 HGB. Streit entsponnen, da das Gesetz darüber schweigt, ob der zu Unrecht ins Handelsregister eingetragene Firmeninhaber durch diese Eintragung wirklich Kaufmann wird. Die Antwort auf diese Frage überläßt das Gesetz der Auslegung durch die Wissenschaft.

Die weitgehendste Bedeutung legt Schirrmeister dem § 5 HGB. bei. Ihm genügt nicht die von den meisten Autoren vertretene Auffassung, daß der § 5 HGB. eine unwiderlegliche Rechtsvermutung aufstelle, sondern er vertritt den Standpunkt: „Jeder eingetragene Gewerbetreibende ist schlechthin Vollkaufmann. Der Firmeneintrag schafft formelle Wahrheit. Für jeden Gewerbebetrieb, der nicht schon nach dem Gegenstand des Unternehmens ein unmittelbares Handelsgewerbe darstellt, spielt die Eintragung nicht bloß die Rolle einer conditio sine qua non, die nur, wenn alle sonstigen Voraussetzungen gegeben sind, dem Gewerbe erst den Stempel ihres kaufmännischen Unternehmens aufdrückt, sondern sie wird zur causa efficiens, die für sich allein auch ohne Vorliegen weiterer Erfordernisse das Gewerbe zum Handelsgewerbe im Rechtssinne macht. Es gilt der Grundsatz: sola matricula facit mercatorem".[1])

Auch Cosack scheint diese Ansicht zu teilen, wenn er sagt: „Ist für einen Geschäftsmann eine Firma im Handelsregister eingetragen, so soll damit im Verhältnis zu dritten Personen formell und unwiderleglich festgestellt sein, daß der Firmeninhaber Vollkaufmann ist".[2])

Trotzdem, wie schon oben im § 3 erwähnt, nach der Ausführung des Abgeordneten Bassermann auch die Gesetzeskommission die gleiche Ansicht vertreten zu haben scheint, daß jeder Gewerbetreibende durch die Tatsache der Eintragung seiner Firma ins Handelsregister Vollkaufmann wird, kann doch der Beilegung einer so weitgehenden Bedeutung für den § 5 HGB., wie Schirr-

[1]) Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 36—38.

[2]) Cosack S. 37; zu vgl. S. 65, wo Cosack abweichend hiervon von einer Geltung als Vollkaufmann spricht.

meister und Cosack dies tun, hier nicht beigepflichtet werden.[3]) Die Ansicht der Gesetzeskommission ist, um dies nochmals zu erwähnen, für den tatsächlichen Willen des Gesetzgebers nicht bindend, die Fassung des § 5 HGB. selbst aber bietet keinen Anhalt zu der Schlußfolgerung, daß der Gewerbetreibende durch die Firmeneintragung unmittelbar zum Vollkaufmann wird — er soll nur als solcher behandelt werden — und daß durch den § 5 eine ganz besondere Gruppe von wirklichen Kaufleuten geschaffen werden soll. Das Gesetz würde diesen Willen durch eine positive Vorschrift deutlicher zum Ausdruck gebracht haben.[4])

Schirrmeister stützt seine Ansicht darauf, daß wenn der Firmeneintrag wirklich die notwendige und auch vom Gesetzgeber beabsichtigte Rechtssicherheit schaffen solle, dann auch durch die Registrierung die Kaufmannseigenschaft unbedingt erzeugt werden müsse. Man müsse sich unbedingt darauf verlassen können, daß jeder Gewerbetreibende, der im Handelsregister eingetragen ist, auch wirklich Kaufmann sei.[5]) Dagegen ist einzuwenden, daß dieselbe Rechtssicherheit auch dadurch herbeigeführt wird, daß der zu Unrecht Eingetragene nur als Kaufmann behandelt wird, ohne es zu sein, und daß ja die Wirkung des § 5 HGB. nur dann eintritt, wenn sich, wie oben im § 5 ausgeführt, jemand auf den Firmeneintrag beruft, ohne diese Berufung der § 5 HGB. aber außer Kraft bleibt. Die Eintragung kann also gar nicht schlechthin zum Vollkaufmann machen, von Amts wegen hat eine Berücksichtigung der Rechtswirkung des § 5 HGB. nicht stattzufinden.

Dem Standpunkt, sola matricula facit mercatorem, die Eintragung ist nicht nur conditio sine qua non, sondern causa efficiens für den Erwerb der Kaufmannseigenschaft, widerspricht der Wortlaut des § 5 HGB. selbst, der unbedingt neben der Eintragung auch das Vorhandensein eines Gewerbebetriebes erfordert und nicht durch die Eintragung allein Kaufmannseigenschaft verleihen will. Fernerhin widerspricht die Tatsache, daß der Registerrichter unter Geltendmachung seiner Löschungsbefugnis die nach § 5 HGB. zu Unrecht eingetragene Firma wieder löschen kann, daß sogar ein Dritter gemäß § 37 HGB. von einem zu Unrecht eingetragenen Firmeninhaber das Unterlassen des Gebrauchs der Firma verlangen kann, der oben angeführten Ansicht Schirrmeisters und Cosacks. Auch die Unabhängigkeit des Strafrichters von der Tatsache eines nach § 5 HGB. unrechtmäßig bestehenden Firmeneintrags widerspricht der Ansicht der beiden oben

---

[3]) Derselben Ansicht Jacobick S. 26; Thoering S. 57; Venus S. 62; Voigt S. 24.

[4]) Venus S. 64; Voigt S. 24.

[5]) Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 35.

genannten Autoren. Obschon sie selbst den Strafrichter nicht an diesen Firmeneintrag gebunden erachten, weil das Strafrecht auf dem Prinzip der Erforschung der materiellen Wahrheit aufgebaut sei, müßte doch bei konsequenter Durchführung des von ihnen aufgestellten Grundsatzes auch der Strafrichter durch § 5 HGB. gebunden sein, weil ja diese Gewerbetreibenden nach ihrer Ansicht schlechthin Vollkaufleute sind.

Erwähnt werden muß hier auch eine bisher wohl sonst nirgends in der Literatur vertretene Ansicht über die Bedeutung des unrechtmäßigen Firmeneintrags nach § 5 HGB., die Rudorff aufstellt, indem er ausführt: „Durch § 5 HGB. werden die Voraussetzungen des § 2 HGB. rechtskräftig festgestellt".[6])

Die Voraussetzungen des § 2 sind: Ein gewerbliches Unternehmen, das nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert. Durch die unrechtmäßige Firmeneintragung soll also nach Rudorffs Ansicht rechtskräftig festgestellt sein, daß der Eingetragene überhaupt ein gewerbliches Unternehmen betreibt, und daß dieses einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nötig macht. Damit würde ja aber auch der Einwand abgeschnitten, daß überhaupt kein Gewerbe betrieben werde; daß aber dieser Einwand stets gegenüber der Berufung auf § 5 HGB. zulässig ist, ist oben in § 5 ausgeführt und sonst auch allgemein anerkannt. Der Ansicht Rudorffs kann also aus diesem Grunde nicht beigetreten werden.[7]) Wenn Thoering die Worte Rudorffs dahin auslegen will, daß Rudorff offenbar lediglich meine, nur die Tatsache, daß das Unternehmen des nach § 5 HGB. Eingetragenen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordere, werde durch die Eintragung festgestellt,[8]) so bieten meines Erachtens zu dieser einschränkenden Auslegung die Worte Rudorffs keinen genügenden Anhalt.

Die nächstliegende Antwort auf die Frage nach der juristischen Konstruktion des § 5 HGB. bietet meiner Meinung die negative Fassung des § 5 selbst durch seine gesetzliche Versagung der Einrede des Nichthandelsgewerbes oder des Betriebes nach § 4 HGB. Der Gesetzgeber will die zu Unrecht Eingetragenen nicht zu Vollkaufleuten machen, sondern sie nur als solche behandelt wissen, er versagt die dem widersprechenden Einreden. Es ist deshalb bei Vorliegen der für die Anwendbarkeit des § 5 HGB. erforderlichen Voraussetzungen die Vorschrift des § 5 HGB. als eine „unwiderlegliche gesetzliche Rechtsvermutung", praesumptio juris

[6]) Rudorff S. 4.
[7]) Jacobick S. 27; Venus S. 63; Voigt S. 24; Zweifel S. 24.
[8]) Thoering S. 58.

et de jure, daß das unter der eingetragenen Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe, und zwar das eines Vollkaufmanns sei, aufzufassen.

Diese Auffassung der Vorschrift des § 5 HGB. als unwiderlegliche Rechtsvermutung ist in der Literatur am meisten vertreten.[9]) So sagt Lehmann in seinem Lehrbuch: „Ist die Firma eines Gewerbetreibenden in das Handelsregister eingetragen, so spricht für die Dauer der Eintragung eine unwiderlegliche Rechtsvermutung für die Vollkaufmannseigenschaft". Düringer und Hachenburg führen aus: „Es begründet die Eintragung einer Vereinigung von Gewerbetreibenden unter gemeinschaftlicher Firma als offene oder Kommanditgesellschaft die gesetzliche, durch keinen Gegenbeweis zu zerstörende zweifache Vermutung (praesumptio juris et de jure), 1. daß das unter der Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe sei, 2. daß es das Gewerbe eines Vollkaufmanns sei".

Diese Rechtsvermutung bedeutet nun aber keineswegs, daß durch die Eintragung das Gewerbe tatsächlich zum Handelsgewerbe, der Eingetragene zum Vollkaufmann wird, vielmehr, wie Venus[10]) treffend ausführt, daß der Eingetragene als Vollkaufmann, das Gewerbe als Handelsgewerbe zu behandeln sei. Die zu Unrecht Eingetragenen müssen sich infolge § 5 HGB., ohne wirkliche Kaufleute bezw. Vollkaufleute zu sein, als solche behandeln lassen. Von diesem Gesichtspunkte aus kann man auch sagen, daß die unrechtmäßig eingetragenen Firmeninhaber für die Dauer der Eintragung infolge der Vorschrift des § 5 HGB. als Kaufleute bezw. Vollkaufleute, ihre Gewerbe aber als Handelsgewerbe „gelten".[11])

Die Rechtsvermutung des § 5 HGB. greift auf Grund der Eintragung Platz ohne Rücksicht darauf, ob der Firmeninhaber seine Eintragung ins Handelsregister selbst herbeigeführt hat oder ob sie ohne sein Zutun erfolgt ist. Die Eintragung wirkt daher, die Berufung auf die Eintragung vorausgesetzt, infolge der Vorschrift des § 5 HGB. konstitutiv, sie ist deshalb auch für den Prozeßrichter bindend, ein Bestreiten der Vollkaufmannseigenschaft des Eingetragenen und eine Beweiserhebung über dieselbe sind abgeschnitten.

---

[9]) Düringer u. Hachenburg S. 57; Gareis S. 38; Goldmann S. 60; Lehmann, Lehrb. S. 83, 143; Lehmann-Ring S. 43; Makower 12. Aufl. S. 20, vgl. 13. Aufl. S. 43, wo er von einer an die Eintragung der Firma geknüpften „Unterstellung" spricht; ebenso Jacobick S. 42; Thoering S. 58, 59; Venus S. 64; Voigt S. 25; Yelin S. 41.

[10]) Venus S. 64.

[11]) Finger S. 52; Schönberg S. 51; Staub S. 77, 79, jedoch nach ihm nicht infolge einer Rechtsvermutung, sondern infolge des Auftretens als Kaufmann; Voigt S. 24.

Diese Rechtsvermutung äußert ihre Wirkung auf verschiedene Weise.

Liegt bei dem Eingetragenen ein Nichthandelsgewerbe vor, weil er ein Gewerbe des § 1 Ziff. 2 u. 9 HGB. betreibt, das den Umfang des Handwerks nicht überschreitet, oder weil er Binnenpersonenbeförderung nach § 1 Ziff. 5 HGB. nicht im Umfange einer Anstalt betreibt, oder weil das auf Grund von §§ 2 u. 3 HGB. eingetragene Gewerbe tatsächlich nicht nach Art und Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, so wird das Gewerbe infolge der Rechtsvermutung des § 5 HGB. überhaupt erst den Grundsätzen des Handelsrechts unterstellt. Liegt dagegen ein Minderhandelsgewerbe vor, weil der Eingetragene das Gewerbe des § 1 Ziff. 1 HGB. nur im Umfange des Handwerks oder eins des § 1 Ziff. 3, 4, 5, 6, 7 u. 8 HGB. nur im Umfange des Kleingewerbes betreibt, so wird dieses Gewerbe von den Rechtsbeschränkungen des § 4 HGB. befreit. In beiden Fällen ist das Ergebnis der Wirkung aber das gleiche, die Vermutung, daß es sich trotz des Mangels der materiellen Voraussetzungen für die Vollkaufmannseigenschaft des Eingetragenen um ein Vollhandelsgewerbe handele.

So entspricht die Vorschrift des § 5 HGB. dem Zweck, den sie verfolgt. Im Interesse der Rechtssicherheit im Handelsverkehr ist der Gesetzgeber im Gegensatz zu seinem im alten Handelsgesetzbuch vertretenen Standpunkt, daß die Eintragung nur deklaratorisch wirke, zu dem Prinzip gekommen, für die eingetragenen Firmen den Inhalt des Handelsregisters als ausschlaggebend hinsichtlich der materiell- und prozessual-zivilistischen Verhältnisse, sogar, was allerdings bestritten ist, hinsichtlich bestimmter öffentlichrechtlicher Verhältnisse des Firmeninhabers hinzustellen. Auf diese Weise werden den zu Unrecht Eingetragenen alle Rechte gegeben, ihnen aber zugleich alle Pflichten auferlegt, die das Handelsgesetzbuch an die Vollkaufmannseigenschaft knüpft.

Gegen die Ansicht, daß der § 5 HGB. unwiderlegliche Rechtsvermutung, Fiktion, derart begründe, daß der zu Unrecht Eingetragene ein Vollhandelsgewerbe betreibe, wendet sich Staub. Er sucht dies aus dem Wesen der Rechtsvermutung, Fiktion, zu widerlegen und sagt: „Diese Fiktion würde zur Folge haben, daß der zu Unrecht Eingetragene nicht nur als Kaufmann bezw. Vollkaufmann gilt, sondern daß er Kaufmann und Vollkaufmann ist. Das Wesen der Fiktion besteht doch darin, daß der fehlende Tatbestand durch den Gesetzeswillen ersetzt und nunmehr die Rechtslage so behandelt werden soll, als sei der Tatbestand wirklich vorhanden".[12])

[12]) Staub S. 77.

Wollte man dieser Ansicht Staubs vom Wesen der Fiktion, und daß § 5 eine Fiktion begründe, beipflichten, dann würde man allerdings zu dem Resultat gelangen, daß der zu Unrecht Eingetragene infolge Anwendung des § 5 HGB. wirklich Kaufmann ist. Jedoch besteht das Wesen der Fiktion nicht darin, daß der fehlende Tatbestand durch Gesetzeswillen ersetzt wird, sondern daß ein bestimmter Tatbestand nur als bestehend angenommen, fingiert werden kann, ohne daß er tatsächlich vorhanden ist, daß deshalb also von dem Mangel dieses Tatbestandes abgesehen werden soll.

Weiterhin legt aber die herrschende Ansicht dem § 5 HGB. überhaupt nicht die Bedeutung einer Fiktion, sondern nur die einer unwiderleglichen Rechtsvermutung, praesumptio juris et de jure, bei. Deren Wesen besteht jedoch nur darin, daß sie dem Richter Anweisung erteilt, aus einer bestehenden Tatsache eine andere zu folgern. Dies auf den zu Unrecht eingetragenen Gewerbetreibenden angewendet, ergibt, daß sein Gewerbe auf Grund der Eintragung als Vollhandelsgewerbe zu behandeln sei. Trotz der Rechtsvermutung des § 5 HGB. bleibt das Gewerbe des zu Unrecht Eingetragenen tatsächlich ein Nicht- bezw. Minderhandelsgewerbe.

Gegen die Ansicht Staubs, daß im § 5 HGB. keine Rechtsvermutung zu erblicken sei, sprechen sich auch andere Dissertationen aus.[13])

Den Staubschen Ausführungen ist nur insoweit beizupflichten, daß durch die Bestimmung des § 5 HGB. dem Strafrichter nicht sein freies richterliches Prüfungsrecht abgeschnitten, er durch den Firmeneintrag nicht gebunden werden soll und das Grundprinzip des Strafrechts, daß nur auf Grund materieller Wahrheit geurteilt werden darf, durch diese Bestimmung nicht durchbrochen werden soll, daß ebenso der Registerrichter durch den Firmeneintrag nicht gebunden werden und eine positive Gesetzesvorschrift wie die des § 12 FGG. nicht aufgehoben werden darf. Diese Ansicht vertritt auch die Denkschrift, wenn sie sagt: „Die Tragweite des § 5 erstreckt sich nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Inhabers der eingetragenen Firma zu Dritten. Für das Gebiet des öffentlichen Rechts, insbesondere des Strafrechts, darf dem äußerlichen Umstand, daß die Eintragung erfolgt ist, maßgebende Bedeutung nicht beigelegt werden".

Doch wollen auch die Anhänger der Präsumtionstheorie die Vermutung des § 5 HGB. nicht derart ausgedehnt wissen.

---

[13]) Jacobick S. 25; Thoering S. 60; Zweifel S. 23; Voigt S. 65; Venus S. 25, 26.

Staub stellt die Wirkung des § 5 HGB. als Ausfluß seines Grundsatzes hin: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann. Wer sich im Rechtsverkehr als Kaufmann geriert, muß sich gefallen lassen, daß er als Kaufmann gilt, und derjenige, der sich als Vollkaufmann geriert, daß er als Vollkaufmann gilt. Denn jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen diejenige Auffassung und Bedeutung erhalten, die ihnen nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommen".[14]) Er vertritt also den Grundsatz der Geltung als Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr, dem sich in bestimmtem Maße auch Finger angeschlossen hat.[15]) Er führt dann weiter aus, daß es im Grunde genommen nur ein besonders markanter Anwendungsfall dieses Prinzips sei, wenn jemand seine Firma eintragen läßt, obwohl er nicht Kaufmann oder Vollkaufmann ist, und daß darin in ganz schlagender Weise ein Sichgerieren als Kaufmann oder Vollkaufmann liege.[16]) Seine Kaufmannsgeltung auf Grund von § 5 HGB. beruht also nicht in der Vorschrift des § 5 selbst, sondern ist Folge des Sichgerierens als Kaufmann. Alle infolge ihres Auftretens als Kaufleute Geltenden nennt er „Scheinkaufleute".

Auf diese Lehre Staubs soll später noch eingegangen werden. Hier soll nur die Bezeichnung „Scheinkaufleute", jedoch mit der Beschränkung lediglich auf die nach § 5 HGB. zu Unrecht eingetragenen Firmeninhaber, übernommen werden. Diese Bezeichnung ist die allgemein übliche für die nach § 5 HGB. Eingetragenen. Sie rechtfertigt sich daraus, daß diese Eingetragenen ja nicht tatsächlich Kaufleute bezw. Vollkaufleute sind, sondern nur als solche kraft der Vorschrift des § 5 HGB. im Rechtsverkehr auftreten und „erscheinen". Der Name „Scheinkaufmann" soll daher im weiteren Teile dieser Abhandlung für die nach § 5 HGB. zu Unrecht eingetragenen Firmeninhaber in Anwendung gebracht werden.

Zum Schluß muß noch erwähnt werden, daß der in diesem Paragraphen dargelegte Streit über die Tragweite des § 5 HGB. praktisch ohne große Wirkung ist, sondern nur vom rein theoretischen Standpunkt aus Bedeutung hat. Hinsichtlich der praktischen Wirkungen des § 5 HGB. divergieren die Ansichten in prinzipiellen Punkten wenig. Diese praktischen Wirkungen sollen im § 8 behandelt werden.

---

[14]) Staub S. 79.
[15]) Finger S. 47 ff.
[16]) Staub S. 80.

§ 7.

Beginn und Ende der konstitutiven Wirkung des Firmeneintrags nach § 5 HGB. und Stellung des § 15 HGB. zu § 5 HGB.

Nachdem im vorhergehenden die eigenartig konstitutive Wirkung des Firmeneintrags nach § 5 HGB. festgestellt ist, sollen sofort anschließend die Fragen nach Beginn und Ende dieser konstitutiven Wirkung und nach der Anwendbarkeit des § 15 auf den nach § 5 HGB. erfolgten Firmeneintrag erörtert werden.

Der Wortlaut des § 5 selbst: „Ist eine Firma im Handelsregister eingetragen, so . . ." bietet den Anhalt für die Dauer der konstitutiven Wirkung. Der Firmeneintrag ist die Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5, folglich entsteht und fällt mit ihm auch die konstitutive Wirkung.

Die konstitutive Wirkung beginnt daher und die Rechtsvermutung des § 5 tritt ein mit der Perfektion des Firmeneintrags im Handelsregister ohne Rücksicht auf die Publikation dieses Firmeneintrags.[1]) Einschränkend muß allerdings hinzugefügt werden, daß dies zwar bei einem nur Gewerbe-, nicht Handelsgewerbetreibenden, der seine Firma zu Unrecht eintragen läßt, der Fall ist, daß aber die konstitutive Wirkung bei einem eingetragenen Vollhandelsgewerbetreibenden, der während der Dauer seiner Eintragung seinen Handelsgewerbebetrieb aufgibt und fernerhin nur noch ein nicht eintragungspflichtiges Gewerbe oder Minderhandelsgewerbe betreibt, erst mit dem Zeitpunkt des Unrechtmäßigwerdens des Firmeneintrags, also dem Zeitpunkt der Aufgabe des Vollhandelsgewerbes, eintritt.

Das Ende der konstitutiven Wirkung tritt mit der Perfektion des Firmenlöschungseintrages ein,[2]) denn mit ihr schwindet ja die Voraussetzung für die Berufung auf den § 5, der Firmeneintrag, und damit die Grundlage für die Rechtsvermutung des § 5. Die Firmenlöschung kann sowohl auf Antrag erfolgen als auch von Amts wegen durch Eintragung eines Vermerks gemäß § 142 FGG.; wie sie erfolgt ist, ist für das Ende der konstitutiven Wirkung gleichgültig. Außerdem endet diese Wirkung auch durch vollständige Aufgabe des Gewerbebetriebes, denn mit ihr schwindet ja die zweite Voraussetzung für die Berufung auf § 5.

---

[1]) Staub S. 78; Jacobick S. 45; Voigt S. 9; Venus S. 53.

[2]) Düringer u. Hachenburg S. 81f.; Lehmann-Ring S. 44; Makower S. 44; Staub S. 78; ebenso Jacobick S. 47; Venus S. 53; Voigt S. 9.

Man könnte hiernach glauben, daß der § 15 HGB. ohne Einfluß auf § 5 HGB. ist; dies ist jedoch nicht der Fall. Zwar übt § 15 auf Beginn und Ende der konstitutiven Wirkung keinen Einfluß aus, wohl aber auf die Möglichkeit der Berufung auf die Eintragung gegenüber Dritten, der Geltendmachung der Rechtsvermutung des § 5 Dritten gegenüber. Die Publizitätswirkung des § 15 HGB., die sich an alle Eintragungen ins Handelsregister knüpft, findet, unabhängig von der konstitutiven Wirkung des § 5, auch hier ihre Anwendung.

§ 15 Abs. 1 u. 2 HGB. lautet:

> „Solange eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht eingetragen und bekanntgemacht ist, kann sie von demjenigen, in dessen Angelegenheiten sie einzutragen war, einem Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß sie diesem bekannt war.
>
> Ist die Tatsache eingetragen und bekanntgemacht worden, so muß sie ein Dritter gegen sich gelten lassen, es sei denn, daß er sie weder kannte noch kennen mußte".

Der § 15 HGB. stellt also für die in Gemäßheit der §§ 10 ff. HGB. bekanntgemachten Eintragungen ins Handelsregister die Vermutung auf, daß sie allgemein bekannt seien. Jeder, der nicht beweist, daß er sie weder kannte noch kennen mußte, sie also trotz Anwendung der im Handelsverkehr erforderlichen Sorgfalt nicht kennen konnte, muß sie gegen sich gelten lassen.

Wie die Denkschrift S. 28 selbst ausspricht, ist diese Bestimmung des § 15 eine Verallgemeinerung der Grundsätze, die das alte Handelsgesetzbuch einzeln für diejenigen Fälle der Eintragungen ausgesprochen hatte, an die es Vermutungswirkungen knüpfen wollte, wie z. B. in Art. 46, 87, 115, 171, 200, 233 usw.

Im neuen Handelsgesetzbuch stellt sich der Gesetzgeber durch die im § 15 getroffene Regelung anscheinend auf den Standpunkt, daß alle von ihm als eintragungspflichtig bezeichneten Tatsachen derartige sind, daß deren Kenntnis für die Rechtsstellung des Dritten gegenüber dem Eingetragenen von irgend welcher Bedeutung sind.[3])

Zu den deklaratorischen und konstitutiven Wirkungen der Eintragung tritt durch § 15 HGB. also noch als eine weitere Wirkung die der Publizität hinzu. Durch die Bekanntmachung erhalten die Eintragungen Publizitätswirkung mit der Maßgabe, daß man den Inhalt des Handelsregisters jedem entgegenhalten kann, es sei denn, daß er ihn weder kannte noch kennen mußte, — dieser Beweis aber wird nach der erfolgten Bekanntmachung

[3]) Denkschr. S. 28, 29.

schwer zu führen sein — und daß umgekehrt jeder gutgläubige Dritte sich darauf berufen kann.

Bei der wichtigen Stellung, die § 5 im Handelsgesetzbuch und Handelsverkehr einnimmt, ist nun die Frage des Einflusses des § 15 HGB. auf die konstitutive Wirkung des Firmeneintrags nach § 5 HGB. bezw. auf die Geltendmachung dieser konstitutiven Wirkung von großem Interesse. Nachdem schon oben gesagt ist, daß § 15 HGB. auch hier Platz greift, sollen die Gründe dafür im folgenden näher erörtert werden, zumal die Ansichten über Anwendbarkeit des § 15 auf § 5 nicht übereinstimmen.

Graff meint, die Wirkungen des § 5 treten mit dem Augenblick der Eintragung ein; der herrschenden Ansicht, daß die öffentliche Bekanntmachung auch in den Fällen, wo die Firmeneintragung konstitutive Wirkung hat, nicht gänzlich ohne Einfluß sei, sondern gemäß § 15 Abs. 1 HGB. die Firmeneintragung vor ihrer Publikation nur demjenigen entgegengehalten werden dürfe, dem sie nachweislich bekannt war, könne nicht beigetreten werden, da dem der Wortlaut des § 5 selbst entgegenstehe. Die Firmeneintragung gemäß § 5 könne als eine in das Handelsregister einzutragende Tatsache nicht angesehen werden, eine registerpflichtige Tatsache bilde aber die Grundlage für die Anwendbarkeit des § 15.[4])

Auch Cohn behandelt den § 5 als Ausnahme des § 15 und sagt: „Der Beweis der Unkenntnis von der Eintragung wird überhaupt nicht mehr zugelassen".[5])

Gareis vertritt den Standpunkt, daß es in den Fällen, in denen dem Eintrage eine konstitutive Wirkung zukomme, auf Bekanntmachung, Nichtkennen oder Kennenmüssen keinesfalls ankomme.[6]) Auch Lehmann will den § 5 als Ausnahme von § 15 behandelt wissen.[7])

Der Ansicht wird ja hier beigetreten, daß die Rechtsvermutung des § 5 für die Vollkaufmannsqualität ohne Rücksicht auf die Bekanntgabe, das Kennen oder Kennenmüssen entsteht, daß also diese konstitutive Wirkung unabhängig von der Publikation ohne weiteres eintritt. Beruft ein Dritter sich auf den nicht publizierten Firmeneintrag des Gewerbetreibenden, z. B. um kaufmännische Verzugszinsen in Höhe von 5% vom Eingetragenen zu erlangen, so kann der Eingetragene ihm nicht entgegensetzen, er betreibe gar kein Handelsgewerbe, es sei mithin auch kein zweiseitiges Handelsgeschäft zum Abschluß gelangt.

---

[4]) Graff S. 31.
[5]) Cohn bei Gruchot 1898 S. 74.
[6]) Gareis, Handausgabe S. 39.
[7]) Lehmann in Buchka-Oetker Bd. 50 S. 217.

Dies entspricht vollkommen dem § 5 HGB., denn der Dritte kann sich gemäß § 5 auf die Eintragung berufen, und da er dies tut, kennt er sie ja auch, ohne daß die Publikation erfolgt ist. Nach der Eintragung ist an sich das Bestehen der Rechtsvermutung gegen den Eingetragenen nicht mehr fraglich.

Anders jedoch liegt die Sachlage, wenn der Eingetragene selbst ohne erfolgte Bekanntmachung des Firmeneintrags sich einem Dritten gegenüber, der von der Eintragung keine Kenntnis hat, auf die Eintragung berufen wollte mit der Behauptung, er sei ins Handelsregister eingetragen, betreibe mithin nach § 5 ein Vollhandelsgewerbe, es sei daher, um bei obigem Beispiel zu bleiben, ein zweiseitiges Handelsgeschäft abgeschlossen worden, und der Dritte müsse 5% Verzugszinsen zahlen. Die konstitutive Wirkung der Rechtsvermutung besteht auch hier, der Dritte kann nach § 5 nicht einwenden, das vom Eingetragenen betriebene Gewerbe sei kein Vollhandelsgewerbe, wohl aber kann er einwenden, daß der Firmeneintrag nicht publiziert worden sei und er von ihm keine Kenntnis habe. Wollte man den Ansichten der oben angeführten Autoren beipflichten, daß der Beweis für die Unkenntnis der Eintragung überhaupt nicht mehr zuzulassen sei, § 15 auf § 5 keine Anwendung finde und mithin der Dritte die nicht bekanntgemachte und ihm auch tatsächlich nicht bekannte Firmeneintragung gegen sich gelten lassen müsse, so würde man zu dem sehr merkwürdigen und nicht befriedigenden Resultat gelangen, daß die unrechtmäßigen Einträge des § 5 einen Vorzug vor den rechtmäßigen genössen. Während nämlich der rechtmäßigen eintragungspflichtigen eingetragenen Tatsache von einem Dritten entgegengehalten werden kann, die Eintragung sei nicht bekanntgemacht oder, im Falle ihrer erfolgten Bekanntmachung, sie sei ihm weder bekannt noch habe er sie kennen müssen, würden den Einträgen nach § 5 gegenüber diese Einwendungen versagen, und sie würden ohne Rücksicht auf ihre Nichtbekanntmachung oder Bekanntmachung schlechtweg jedem Dritten gegenüber Geltung haben.

Ein solches Ergebnis widerspricht jeder Billigkeit und kann daher nicht Wille des Gesetzes sein, zumal der § 5 ja dem Schutze des gutgläubigen Handelsverkehrs dienen soll. Die konstitutive Wirkung der Eintragung des § 5 ist zwar durch den Eintrag entstanden, unabhängig von der Publikation, aber die Berufung auf die Eintragung gegenüber Dritten, die Geltendmachung der Rechtsvermutung des § 5 gegenüber Dritten, muß an die Voraussetzungen des § 15 gebunden sein.

§ 15 spricht von der Wirkung der Eintragung und Bekanntmachung von ins Handelsregister einzutragenden Tatsachen; eine

solche ist der zu Unrecht erfolgte Firmeneintrag nach § 5 an sich nicht.

Finger schlägt deshalb vor, unter einer eintragungspflichtigen Tatsache im Sinne von § 15 jede an sich eintragungspflichtige Tatsache zu verstehen, gleichviel, ob sie nun vorliegt oder nicht besteht.[8]) Zweifel schließt sich dieser Auffassung an.[9]) Schönberg will unter den einzutragenden Tatsachen des § 15 nicht nur die nach dem Gesetz eintragungspflichtigen verstehen, sondern auch die nach Absicht des Anmeldenden einzutragenden, ohne Rücksicht darauf, ob sie mit der Wirklichkeit übereinstimmen oder nicht.[10])

Venus konstruiert folgendermaßen: § 5 HGB. helfe selbst, denn sei die Firma registriert, so könne dem darunter betriebenen Gewerbe der Charakter als Vollhandelsgewerbe nicht bemängelt werden, d. h. es könne zufolge des Firmeneintrags nicht geltend gemacht werden, der Gewerbebetrieb sei nicht eintragungsfähig, daher nicht „einzutragen" gewesen. Vielmehr gelte der Gewerbebetrieb für die Dauer der Eintragung als einzutragende Tatsache, zufolgedessen sei die Anwendung des § 15 auch bei unrechtmäßiger Firmenregistrierung zulässig. Da aber die Annahme der Tatsache eines Vollhandelsgewerbes zufolge § 5 erst mit der Eintragung beginne, müsse man im vorliegenden Falle bei Anwendung des § 15 das entscheidende Gewicht auf das Kennen oder Kennenmüssen der „Eintragung" legen, während § 15 wörtlich vom Kennen oder Kennenmüssen der „einzutragenden Tatsache" selbst rede.[11])

Hier soll davon ausgegangen werden, daß das Handelsgesetzbuch in den Fällen, in denen es die Anwendung des § 15 ausschließen will, dies besonders ausspricht, wie z. B. im § 32 HGB. Im § 5 fehlt ein solcher Zusatz. Da nun der § 15 die in ihm enthaltenen Wirkungen ganz allgemein ausspricht, haben sie auch für alle Eintragungen zu gelten, bei denen das Gesetz den Ausschluß nicht besonders fordert, mithin auch im Falle der Eintragung nach § 5. Weiterhin ist der nach § 5 Eingetragene zwar nicht Kaufmann, denn es besteht nur eine unwiderlegliche Rechtsvermutung für seine Kaufmannseigenschaft, aber er soll infolge seiner Eintragung als Kaufmann behandelt werden; daher unterliegt er auch der Verpflichtung des § 29 HGB., und durch seine Eintragung wird der Firmeneintrag nachträglich für ihn zu einer registerpflichtigen Tatsache im Sinne des § 15 HGB.

---

[8]) Finger S. 66.
[9]) Zweifel S. 34.
[10]) Schönberg S. 54.
[11]) Venus S. 55, 56.

Man kommt damit zu demselben Ergebnis wie die oben Genannten, daß auch der Firmeneintrag nach § 5 als registerpflichtige Tatsache im Sinne von § 15 aufzufassen ist, und zu dem weiteren allein befriedigenden Ergebnis, daß derjenige, für den auf Grund von § 5 eine Firma ins Handelsregister eingetragen ist, sich dem Dritten gegenüber auf die Eintragung nur berufen kann, wenn auch die Bekanntmachung der Eintragung erfolgt ist. Würde die Eintragung nicht publiziert sein, so braucht der Dritte sie sich auch nicht entgegenhalten zu lassen, wenn sie ihm nicht bekannt war.[12])

Bezüglich der Anwendbarkeit des § 15 bei Endigung der konstitutiven Wirkung des Firmeneintrags nach § 5 ist die Sachlage einfacher. Die Voraussetzung des § 5 hört auf, und seine konstitutive Wirkung endet, wenn die Firma nicht mehr eingetragen ist, also mit der Firmenlöschung, ohne Rücksicht darauf, ob der Gewerbebetrieb noch fortdauert oder nicht.

Obwohl nun die Denkschrift (S. 19) sagt: „Ist die Firma gelöscht, so kann für die Folgezeit die im § 5 vorgesehene Wirkung der Eintragung nicht mehr geltend gemacht werden", so wird doch Dritten gegenüber unter Umständen die Vermutung des § 5 noch nach der Löschung bestehen bleiben, nämlich dann, wenn die Löschung nicht bekanntgemacht worden ist und der Dritte sie nicht kannte. Dies beruht auf § 15 HGB. in seiner allgemeinen Geltung für bekanntzumachende Registereinträge. Das Erlöschen einer Firma ist nach § 31 Abs. 2 HGB. eine zum Handelsregister anzumeldende, also eintragungspflichtige Tatsache im Sinne von § 15 Abs. 1, mithin findet § 15 Anwendung. Solange also die Löschung der Firma nicht publiziert ist, gilt die Firma Dritten gegenüber, welche die Löschung nicht kannten, weiterhin als bestehend, der Eingetragene weiterhin als Firmeninhaber, folglich für ihn auch die Rechtsvermutung seiner Vollkaufmannseigenschaft bis zu dem Zeitpunkte, in dem die Folgen der ordnungsmäßigen Publikation eintreten.[13])

Die konstitutive Wirkung des § 5 endet aber auch durch den Wegfall des Gewerbebetriebes, denn dieser ist ja Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5. Die Firma erlischt durch endgültige tatsächliche Aufgabe des Geschäftsbetriebes,[14]) also auch

---

[12]) Düringer u. Hachenburg S. 86; Goldmann S. 35; Lehmann-Ring S. 44: Staub S. 78; derselben Ansicht Zweifel S. 35; Venus S. 55, 56; Voigt S. 10; Yelin S. 44; Finger S. 66; Jacobick S. 46; Nord S. 35; Schönberg S. 56.

[13]) Düringer u. Hachenburg S. 36, 58; Staub S. 78; ebenso Finger S. 54; Jacobick S. 46, 47; Nord S. 38; Venus S. 58; Voigt S. 10; Zweifel S. 35.

[14]) RG. Bd. 29 S. 69.

um deswillen endet hierdurch die konstitutive Wirkung. Das tatsächliche Erlöschen der Firma ist alsdann trotz des noch bestehenden Firmeneintrags eine eintragungspflichtige Tatsache, folglich kann in diesem Falle das „Erlöschen" der Firma trotz Fortbestehen des Firmeneintrages vom Eingetragenen dem wissenden Dritten schon vor der Löschung einredeweise entgegengehalten werden. In diesem Falle kommt es bei Anwendung des § 15 nicht auf die Kenntnis oder Nichtkenntnis von der Löschung, sondern auf die vom Erlöschen der Firma durch Einstellung des Gewerbebetriebes an. Aber nur dem wissenden Dritten kann vor erfolgter Löschung der Firma und Publikation derselben das Erlöschen der Firma durch Aufgabe des Gewerbebetriebes entgegengehalten werden, dem nichtwissenden Dritten steht der § 15 zur Seite, für ihn gilt infolge der nicht erfolgten Löschung und Publikation der Gewerbebetrieb als fortbestehend mit der Maßgabe, daß er sich auf Grund von § 15 noch auf § 5 berufen kann.[15])

Selbstverständlich ist nach dem bisher Ausgeführten, daß auch § 15 Abs. 3 HGB. auf § 5 Anwendung findet.

§ 15 Abs. 3 HGB. lautet:

> „Für den Geschäftsverkehr mit einer in das Handelsregister eingetragenen Zweigniederlassung ist im Sinne dieser Vorschriften die Eintragung und Bekanntmachung durch das Gericht der Zweigniederlassung entscheidend".

Kommen also eine Hauptniederlassung und eine Zweigniederlassung in Frage, die bei verschiedenen Registergerichten eingetragen sind, so findet die Publizitätswirkung des § 15 auch für die eingetragene Zweigniederlassung unmittelbar, unabhängig von der Hauptniederlassung Anwendung, sowohl bezüglich des Beginnes als auch des Endes der konstitutiven Wirkung des § 5.[16]) Die durch die Eintragung einer Zweigniederlassung begründete Rechtsvermutung kann also einem Dritten nur entgegengehalten werden, wenn die Eintragung ordnungsmäßig vom Registergericht dieser Zweigniederlassung publiziert worden ist und der Dritte nicht den Nachweis führt, daß er sie weder kannte noch kennen mußte, ohne Rücksicht darauf, ob die Eintragung der Hauptniederlassung publiziert worden ist und diese dem Dritten bekannt war. Genau so muß auch die Löschung der Zweigniederlassung selbständig bei deren Registergerichte erfolgen und bekanntgemacht werden, sonst

---

[15]) Kaufmann Bd. 8 S. 16; JurW. 1907 S. 313 Nr. 16.

[16]) Düringer u. Hachenburg S. 88; Goldmann S. 60; Lehmann-Ring S. 68; Staub S. 103; ebenso Venus S. 59; Jacobick S. 48.

kann sich der Eingetragene einem Dritten gegenüber nicht auf sie berufen, abgesehen wenn dieser sie kannte.

§ 15 HGB. findet sonach, wie schon oben gesagt, auch auf die Einträge nach § 5 HGB. Anwendung und ist sowohl für den Beginn als auch für das Ende der konstitutiven Wirkung des § 5 zur gültigen Berufung auf die Tatsache der Eintragung oder Löschung der Firma maßgebend.

Im Anschluß an diese Erörterungen drängt sich noch die Frage auf und fordert Beantwortung, ob die bekanntgemachte Löschung der Firma eines Scheinkaufmanns und das hierdurch erfolgte Aufhören der konstitutiven Wirkung und der Rechtsvermutung auf Rechtsgeschäfte, die während der Dauer der Eintragung abgeschlossen worden sind, von Einfluß ist, insbesondere, ob die Löschung rückwirkende Kraft hat, oder ob auch noch nach der publizierten Löschung eine Berufung auf den früheren Eintrag für solche Rechtsgeschäfte gegeben ist.

Auf Rechtsgeschäfte, die während der Dauer des Eintrags abgeschlossen und zu Ende geführt worden sind, hat die Löschung natürlich nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen keinen rückwirkenden Einfluß.[17]) Hat z. B. der Scheinkaufmann während des Bestehens des Registereintrags eine Darlehnsschuld gemäß § 350 HGB. nur mündlich anerkannt und die Schuld alsdann vor der Löschung bezahlt, so kann er nach erfolgter Löschung das Bezahlte nicht mit der Begründung zurückverlangen, daß er zu Unrecht eingetragen gewesen sei, kein Vollkaufmann gewesen sei, infolgedessen ein gültiges Schuldanerkenntnis nach § 781 BGB. wegen mangelnder Form nicht vorgelegen habe. Ist jedoch die Löschung erfolgt, bevor aus dem Schuldanerkenntnis gezahlt worden ist, und wird der unrechtmäßig eingetragen gewesene Firmeninhaber erst nach erfolgter Löschung aus dem mündlichen Schuldanerkenntnis in Anspruch genommen, so fragt es sich, ob er dann einwenden kann, er sei zu Unrecht eingetragen gewesen, das Schuldanerkenntnis ermangle der in § 781 BGB. vorgeschriebenen Form, oder er sei jetzt nicht mehr eingetragen, sei daher auch kein Scheinkaufmann mehr, und deshalb sei das mündliche Schuldanerkenntnis nicht klagbar. Auch diese Einwände müssen ihm versagt werden, denn im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ist der Anerkenntnisvertrag gültig zustande gekommen; der § 5 HGB. bezweckt ja gerade die Rechtssicherheit im Handelsverkehr, deshalb kann der Dritte, der sich auf die Eintragung verlassen hat, nicht durch die herbeigeführte Löschung in seinem Rechte geschädigt werden. Der nach § 5 ein-

---

[17]) Düringer u. Hachenburg S. 36, 58; Makower S. 44; ebenso Finger S. 54; Nord S. 38; Venus S. 60; Zweifel S. 35.

getragen gewesene Firmeninhaber wird vielmehr auch nach der Löschung noch auf Grund seines mündlich abgegebenen Schuldanerkenntnisses zahlen müssen. Andernfalls könnte er ja einfach durch Herbeiführung der Löschung die handelsrechtliche Wirkung aller derartigen Rechtsverhältnisse einseitig vereiteln. Also auch in solchen Fällen kann die Löschung oder das Erlöschen der Firma durch Wegfall des Gewerbebetriebes keine rückwirkende Kraft ausüben, sondern die Rechtsgeschäfte, die infolge der Scheinkaufmannseigenschaft des § 5 als Handelsgeschäfte zur Entstehung gelangt sind, müssen auch nach Wegfall der Rechtsvermutung als solche zu Ende geführt werden.[18]) Insoweit ist eine Berufung auf § 5 auch nach dem eigentlichen Ende seiner Wirkung noch zuzulassen.

Zum Schlusse dieses Paragraphen muß auch noch kurz die Frage beantwortet werden, ob die Wirkung des § 5 sich auch auf unrechtmäßige Firmeneinträge erstreckt, die vor dem Inkrafttreten des jetzigen Handelsgesetzbuchs, also vor dem 1. 1. 1900, im Handelsregister stattgefunden und unter dem jetzigen Recht fortbestanden haben bezw. noch fortbestehen. Daß die Bestimmung des § 5 auf Rechtsverhältnisse, die vor dem 1. 1. 1900 unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs zur Entstehung gelangt sind, keine rückwirkende Kraft ausüben kann, ist selbstverständlich, denn der § 5 ist erst mit dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs zur Geltung gelangt, kann daher nicht auf die Zeit vorher zurückwirken.[19]) Für solche Rechtsverhältnisse sind die Bestimmungen des alten Handelsrechtes maßgebend. Die konstitutive Wirkung des § 5 ist erst v. 1. 1. 1900 ab eingetreten. Da jedoch greift sie Platz ohne Rücksicht darauf, ob der Firmeneintrag vor dem 1. 1. 1900 oder erst nachher erfolgt ist, sofern nur das fragliche Rechtsverhältnis erst nach diesem Zeitpunkte zur Entstehung gelangt ist.[20])

Nur Cosack vertritt die Ansicht, daß die der Eintragung durch § 5 HGB. zugesprochene Wirkung nur auf Eintragungen seit dem 1. 1. 1900 Anwendung finde.[21]) Dieser Ansicht ist jedoch deshalb nicht beizutreten, weil dadurch hinsichtlich aller aus der Zeit vor dem 1. 1. 1900 übernommenen Firmen — die Weiterführung der unter altem Recht eingetragenen Firmen, soweit sie nach dem bisherigen Recht geführt werden durften, ist durch Art. 22

---

[18]) Düringer, DJZ. Bd. 4 S. 168; Finger S. 55; Jacobick S. 48; Nord S. 40; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 38; Venus S. 60; Zweifel S. 36.

[19]) Staub S. 79.

[20]) Gareis, Handausgabe S. 27; Lehmann bei Goldschmidt Bd. 48 S. 43; Makower S. 43; RG. Bd. 50 S. 158; Staub S. 79; ebenso Venus S. 61; Jacobick S. 49; Nord S. 31.

[21]) Cosack S. 752.

EG. z. HGB. ausdrücklich gestattet worden — die Wirkung des § 5 HGB. illusorisch gemacht würde und dadurch ja gerade statt der Rechtssicherheit, die § 5 bezweckt, eine große Rechtsunsicherheit Platz greifen würde. Der § 5 übt also seine Wirkung auch hinsichtlich der vor dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuchs eingetragenen Firmeninhaber, und zwar auf ihre nach dem 1. 1. 1900 entstandenen Rechtsverhältnisse aus.

§ 8.

Die Wirkungen des § 5 HGB. auf die Rechte und Pflichten des Scheinkaufmanns.

Nachdem im § 6 dieser Abhandlung die dahin gehende Ansicht ausgesprochen worden ist, daß der nach § 5 HGB. zu Unrecht eingetragene Gewerbetreibende durch seine Eintragung zwar nicht Vollkaufmann geworden ist, sondern nur als solcher gilt und die unwiderlegliche Rechtsvermutung dafür besteht, daß das unter der eingetragenen Firma betriebene Gewerbe ein Handelsgewerbe, und zwar das eines Vollkaufmanns sei, nachdem weiterhin im § 7 Beginn und Ende dieser konstitutiven Wirkung des Firmeneintrags erörtert worden sind, muß nunmehr zur Behandlung der Frage geschritten werden, welche praktische Bedeutung und Wirkung die zu Unrecht erfolgte Firmeneintragung nach § 5 HGB. für den eingetragenen Firmeninhaber im Handelsverkehr und auf seine sonstigen Rechte und Pflichten hat. Diese Frage nach der rechtlichen Stellung des Firmeninhabers ist zweifellos für das praktische Leben die wichtigste.

Es ist schon gesagt und muß auch hier wieder ausdrücklich betont werden, daß der Scheinkaufmann infolge der Bestimmung des § 5, ohne Vollkaufmann zu sein, als Vollkaufmann behandelt werden soll. Demgemäß müssen dem Scheinkaufmann auch alle Rechte und Pflichten zugestanden bezw. auferlegt werden, die in zivilrechtlicher Beziehung für einen Vollkaufmann gegeben sind;[1]) ob und inwieweit auch in öffentlichrechtlicher Hinsicht, ist streitig. Nur so wird die praktische Wirkung erzielt und der Zweck erreicht, den der Gesetzgeber durch die Einführung des § 5 HGB. angestrebt hat. Bei oberflächlicher Betrachtung liegt hier der Einwand nahe,

[1]) Cosack S. 37; Düringer u. Hachenburg S. 58; Gareis, Handausgabe S. 26; Goldmann S 36; Staub S. 77; Makower S. 44; Lehmann-Ring S. 44; Lührs S. 21, der der Eintragung jedoch die berechtigenden Wirkungen versagt, da seine Abhandlung unter altem Recht entstanden ist; Nord S. 49; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 33 ff.; Venus S. 34; Voigt S. 33.

daß sich unter solchen Umständen vielleicht mancher Gewerbetreibende zu Unrecht eintragen lassen wird, nur um sich durch die Eintragung in den Genuß der Vorteile des Vollkaufmanns zu setzen. Doch besteht diese Gefahr in der Praxis nicht, ihr ist schon dadurch begegnet, daß der Scheinkaufmann ja auch die vielfachen, zum Teil strengen Pflichten des Vollkaufmanns hat, daß er die Lasten des Handelsstandes mit auf sich nehmen muß, und daß er sich schließlich auch durch die Kosten der Eintragung und Veröffentlichung von einer solchen unrechtmäßigen Eintragung abhalten lassen wird. Einen weiteren Schutz gegen solche unrechtmäßige Eintragungen, die nur in der Absicht herbeigeführt werden, dritte Personen zu schädigen, gewähren diesen dritten Personen die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über unerlaubte Handlungen §§ 823 ff. BGB.

I. Die zivilrechtlichen und zivilprozessualen Wirkungen.

In erster Linie ist davon auszugehen, daß die Geschäfte eines Scheinkaufmanns als Handelsgeschäfte gelten und zu behandeln sind. Nach § 343 HGB. sind Handelsgeschäfte alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, und weiterhin gelten nach § 344 HGB. alle von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Feststehen muß also für §§ 343, 344 HGB. die Kaufmannseigenschaft; die Rechtsvermutung des § 344 erstreckt sich nicht auf sie, doch hilft hier § 5 HGB. selbst aus mit der durch ihn begründeten Rechtsvermutung für die Kaufmannsqualität des Eingetragenen.[2]) Da nun weiterhin das von einem Scheinkaufmann betriebene Gewerbe durch § 5 die unwiderlegliche Rechtsvermutung für sich hat, daß es ein Vollhandelsgewerbe sei, so sind die vom Scheinkaufmann abgeschlossenen Geschäfte, dafern sie nur zum Betriebe seines Gewerbes gehören — und das tun sie ja im Zweifel —, als Handelsgeschäfte anzusehen, als solche zu behandeln und müssen nach Handelsrecht beurteilt werden. Daher finden auf alle solchen Geschäfte des Scheinkaufmanns die Vorschriften des 3. Buches des Handelsgesetzbuches über die Handelsgeschäfte Anwendung.

Der Scheinkaufmann hat demnach die Handelsusancen zu beobachten (§ 346), er hat, ebenso wie der Vollkaufmann, für die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes einzustehen, wenn er nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs überhaupt zur Sorgfalt einem anderen gegenüber verpflichtet ist (§ 347), er hat

[2]) Lehmann, Lehrb. S. 95.

kein Recht, nach § 343 BGB. die richterliche Herabsetzung einer im Betriebe seines Handelsgewerbes versprochenen unverhältnismäßig hohen Vertragsstrafe zu beanspruchen unter der Einwendung, er betreibe kein Handelsgewerbe, denn § 348 HGB. schließt in diesem Falle das richterliche Ermäßigungsrecht aus. Hat er eine Bürgschaft übernommen, ein Schuldversprechen abgegeben oder eine Schuld anerkannt, so sind diese Rechtsgeschäfte für ihn, dafern sie nur auf seiner Seite Handelsgeschäfte waren, auch dann bindend, wenn sie nicht in den nach §§ 766 Satz 1, 780 u. 781 BGB. vorgeschriebenen Formen, sondern nur formlos mündlich zum Abschluß gelangt sind (§ 350), ihm steht alsdann als Bürgen bei der Bürgschaft nicht die Einrede der Vorausklage des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu (§ 349). Ist der eine Kontrahent ein Scheinkaufmann, so kann beim Vorliegen der Voraussetzungen des § 352 HGB. von keiner Seite eingewendet werden, das Geschäft sei auf seiten des zu Unrecht eingetragenen Firmeninhabers kein Handelsgeschäft gewesen, denn dieser sei ja zu Unrecht eingetragen, mithin seien nicht 5 % Zinsen, sondern nur 4 % nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu zahlen, sondern es werden die kaufmännischen Zinsen in Höhe von 5 % geschuldet. Für Forderungen aus beiderseitigen Handelsgeschäften können von den Kontrahenten Zinsen vom Tage der Fälligkeit an gefordert werden, auch wenn der eine Kontrahent Scheinkaufmann ist, es bedarf keiner Inverzugsetzung (§ 353), ebenso können auch vom Scheinkaufmann für die in Ausübung des Handelsgewerbes einem anderen besorgten Geschäfte oder geleisteten Dienste auch ohne Verabredung Provisionen, für Aufbewahrungen Lagergeld, für Darlehen, Vorschüsse, Auslagen und andere Verwendungen vom Tage der Leistung an die kaufmännischen Zinsen gefordert werden (§ 254).

Auch der Scheinkaufmann hat das Recht, mit einem anderen, gleichgültig ob Kaufmann, Scheinkaufmann oder Nichtkaufmann, gemäß §§ 355—357 HGB. in Kontokurrentverkehr zu treten. Bringt der Gewerbebetrieb eines Scheinkaufmanns die Besorgung von Geschäften für andere mit sich, so hat er die Pflicht, unverzüglich zu antworten, wenn ihm von einem anderen, mit dem er in Geschäftsverbindung steht, oder dem gegenüber er sich zur Besorgung solcher Geschäfte erboten hat, ein Antrag über die Besorgung solcher Geschäfte zugeht, denn sein Schweigen gilt als Annahme des Antrags (§ 362 Abs. 1); auch im Falle der Ablehnung des Antrags liegt ihm die Fürsorgepflicht des § 362 Abs. 2 HGB. für die mitgesendeten Waren ob. Die für den Handelsverkehr so bedeutsamen Bestimmungen der §§ 363—365 HGB. über die kaufmännischen Anweisungen und kaufmännischen

Verpflichtungsscheine treten ferner dann in Kraft, wenn die Anweisung auf einen Scheinkaufmann oder der Verpflichtungsschein von einem solchen ausgestellt ist. Auch die im Verhältnis zum Bürgerlichen Gesetzbuch im Handelsgesetzbuch weitergehenden Bestimmungen über den „guten Glauben" treten in Geltung, wenn ein Scheinkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes ihm nicht gehörige bewegliche Sachen veräußert oder verpfändet, so daß der Erwerber oder Pfandgläubiger solcher Gegenstände den Ansprüchen des Eigentümers oder dinglich Berechtigten gegenüber auch dann Schutz genießt, wenn er zwar das Nichteigentum des Scheinkaufmanns an den Gegenständen kannte, ihn aber doch für verfügungsberechtigt hielt (§ 366). Ebenso beträgt die nach § 1234 BGB. auf einen Monat festgestellte Frist, welche zwischen Androhung des Pfandverkaufs und dem Verkaufe liegen muß, nach § 368 HGB. auch in dem Falle nur eine Woche, wenn ein Scheinkaufmann Pfandgläubiger oder Verpfänder ist, dafern nur die Verpfändung auf seiten des Pfandgläubigers und des Verpfänders ein Handelsgeschäft ist. Die Vorschriften der §§ 369—372 HGB. über das kaufmännische Zurückbehaltungsrecht greifen für und gegen den Scheinkaufmann Platz; stets ist die Einrede versagt, daß er kein Handelsgewerbe betreibe, mithin auch kein Handelsgeschäft auf seiner Seite vorliege.

Auch wenn ein Scheinkaufmann von einem Nichtkaufmann Waren oder Wertpapiere kauft oder an einen solchen verkauft, liegt ein Handelskauf vor, deshalb finden auch in diesem Falle die Vorschriften des § 373 HGB. über Hinterlegung, Selbsthilfeverkauf bei Annahmeverzug, die des § 374 HGB. über das Bestimmen von Form, Maß usw. beim Spezifikationskauf und die des § 376 über den Fixkauf Anwendung. Ebenso haben die §§ 377, 378, 379 HGB. Geltung für den Fall, daß auch der andere Kontrahent Kaufmann bezw. Scheinkaufmann und der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft ist, so daß auch der Scheinkaufmann die Pflicht hat, die gekaufte abgelieferte Ware unverzüglich zu untersuchen, die aufgefundenen Mängel unverzüglich dem Verkäufer anzuzeigen, bei Übersendungskauf für Aufbewahrung der beanstandeten Ware zu sorgen bezw. sie nach den Vorschriften des Selbsthilfeverkaufes verkaufen zu lassen.[3])

Nach dem bisher Ausgeführten ist es selbstverständlich, daß gemäß §§ 406, 415, 451 HGB. die handelsgesetzlichen Vorschriften über das Kommissions-, Speditions- und Frachtgeschäft auch dann

---

[3]) vgl. zu allen diesen Ausführungen Jacobick S. 34; Thoering S. 35 ff.; Venus S. 34, 35; Voigt S. 34 ff.; Zweifel S. 27.

zur Anwendung kommen, wenn ein Scheinkaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Geschäfte dieser Art übernimmt.

Jedoch nicht nur die Bestimmungen über die Handelsgeschäfte gelten für und gegen den Scheinkaufmann, auch andere Normen des Handelsrechts finden auf ihn Anwendung. Der Scheinkaufmann kann eine handelsrechtlich vollgültige Prokura gemäß §§ 49 ff. HGB. bestellen,[4]) also einer Person die einem Dritten gegenüber unbeschränkbare Vollmacht zum Betriebe seines ganzen Handelsgewerbes erteilen, welche diese Person mit allen Rechten und Pflichten eines Prokuristen ausstattet und sie zu allen Arten von gerichtlichen und außergerichtlichen Geschäften ermächtigt, die der Betrieb eines Handelsgewerbes mit sich bringt. Ebenso kann der Scheinkaufmann einer Person Handlungsvollmacht nach §§ 54, 55 HGB. erteilen. Die im Betriebe seines Handelsgewerbes vom Scheinkaufmann zur Leistung kaufmännischer Dienste angestellten Personen sind Handlungsgehilfen, die von ihm beschäftigten Lehrlinge sind Handlungslehrlinge im Sinne des Handelsgesetzbuches, für das Dienstverhältnis sind demnach auf Seite des Geschäftsherrn wie der Angestellten die Vorschriften der §§ 59 ff. HGB., nicht die des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezw. der Gewerbeordnung maßgebend. Ein für das Handelsgewerbe eines Scheinkaufmanns tätiger Agent ist Handlungsagent, sein Verhältnis zum Geschäftsherrn und dritten Personen untersteht den Vorschriften der §§ 84 ff. HGB.

Bestritten ist die Frage, ob ein Scheinkaufmann zur Übertragung seiner Firma befugt sei oder nicht, ob er überhaupt in Wahrheit eine Firma hat. Diese Frage spielt für die Anwendbarkeit des § 22 HGB. eine Rolle. Nach § 22 HGB. darf derjenige, welcher ein bestehendes Handelsgeschäft unter Lebenden oder von Todes wegen erwirbt, für das Geschäft die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatzes fortführen, wenn der bisherige Geschäftsinhaber oder dessen Erben in die Fortführung der Firma ausdrücklich willigen. Diese Vorschrift enthält ein Zugeständnis des Gesetzgebers an den Kaufmannsstand im Interesse des Bestehenbleibens gut eingeführter bekannter Firmen und gestattet deshalb dem Vollkaufmann die Führung eines von seinem Vor- und Familiennamen abweichenden kaufmännischen Namens, der Firma.

---

[4]) Staub S. 227; Jacobick S. 35; Venus S. 35; Voigt S. 36; Lehmann (Lehrb.) scheint ohne besondere Stellungnahme zu der Frage derselben Ansicht zu sein, wenn er S. 218 sagt, daß Prokura nur ein Vollkaufmann bestellen kann, und S. 83, daß für die Dauer der Eintragung des Gewerbetreibenden im Handelsregister eine unwiderlegliche Rechtsvermutung für die Vollkaufmannseigenschaft spricht.

Dieses Bedürfnis für die Erhaltung der Firma erkennt § 4 HGB. jedoch nur für das Vollhandelsgewerbe an, da er die Handwerker und Kleingewerbetreibenden ausdrücklich von den Vorschriften über die Firmen befreit. Deshalb bestreitet Staub, der ja den Standpunkt vertritt, daß der zu Unrecht Eingetragene als Vollkaufmann gilt, daß der Scheinkaufmann eine wirkliche Firma habe. Aus diesem Grunde und weil der Firmenübergang außerdem den Erwerb eines bestehenden „Handelsgeschäfts", dessen Inhaber wirklich Kaufmann ist, erfordert, erachtet es Staub in diesem Falle nicht für genügend, daß der Veräußerer gemäß § 5 zufolge der Eintragung nur als Vollkaufmann gilt.[5])

Venus begründet seinen gleichen Standpunkt damit, daß der zu Unrecht registrierte Gewerbetreibende nur gemäß § 5 in gewisser Beziehung als Firmenträger behandelt werden solle, würde man ihm aber die Übertragung seines als „Firma" geführten Geschäftsnamens auf den Nachfolger gestatten, so würde man einen unrechtmäßigen Firmengebrauch des Nachfolgers dulden und gegen § 37 HGB. verstoßen; ebenso widerspreche es der Tendenz des § 142 FGG. und § 37 HGB., wollte der Registerrichter den scheinbaren „Firmenübergang" verlautbaren. Der gute oder schlechte Glaube des Erwerbers spiele hierbei keine Rolle, man könne nicht den Schein einer Firma durch gutgläubigen Erwerb in eine wirkliche Firma verwandeln, einen solchen originären Erwerb gebe es nicht; ebensowenig könne man eine Firma durch Zeitablauf und guten Glauben ersitzen, da die Firma keine Sache sei.[6])

Insoweit wird diesen Ausführungen allerdings recht zu geben sein, daß eine Firma nicht ersessen werden kann, daß guter Glaube bei ihrem Erwerb ohne Einfluß ist, daß weder der Straf- noch Registerrichter durch den Firmeneintrag gebunden werden kann, sondern der Registerrichter, wenn er bei Anmeldung zur Eintragung des Erwerbes Kenntnis von der Unrechtmäßigkeit der Eintragung des Veräußerers erhält, die Eintragung des Erwerbers ablehnen kann.[7]) Daß aber dem Scheinkaufmann das Recht der Firma ganz abgestritten wird, dem kann nicht zugestimmt werden. Da § 5 HGB. ja gerade die Eintragung einer „Firma" zur Voraussetzung hat, die Einrede eines nicht vorhandenen Vollhandelsgewerbes abschneidet und die unwiderlegliche Rechtsvermutung für das Vorhandensein eines solchen aufstellt, dadurch aber die

[5]) Staub S. 135; ebenso Lehmann-Ring S. 86; Schönberg S. 56; Venus S. 36, 37.

[6]) Venus S. 36, 37.

[7]) Düringer u. Hachenburg S. 109; Goldmann S. 90; ebenso Jacobick S. 36; Venus S. 37.

Scheinkaufleute von der Vorschrift des § 4 HGB. ausdrücklich ausnimmt — die Bestellung einer vollgültigen Prokura gestehen ja auch die obengenannten Gegner des Firmenrechts des Scheinkaufmanns diesem zu —, da weiterhin § 5 eine Schutzvorschrift für den gutgläubigen Handelsverkehr darstellt und nach ihm die Scheinkaufleute als Kaufleute behandelt werden sollen, so muß man meines Erachtens dem Scheinkaufmann gerade unter Zuhilfenahme von § 4 HGB. auch ein Firmenrecht geben. Es wird deshalb hier die Ansicht vertreten, daß der Scheinkaufmann, da die Rechtsvermutung ihm Vollkaufmannseigenschaft zuspricht, auch ein Firmenrecht hat und deshalb seine Firma auch veräußern kann.[8]) Veräußern kann er die Firma deshalb, weil ja bei ihm auch der nach § 22 HGB. für die Veräußerung eine Voraussetzung bildende Betrieb eines Handelsgeschäftes vorliegt, denn das unter seiner Firma betriebene Gewerbe hat durch § 5 HGB. die Rechtsvermutung für sich, daß es Vollhandelsgewerbe sei. Allerdings muß man nach dem Grundsatz: „nemo plus juris transferre potest quam ipse habet" sagen, daß die Firma eines Scheinkaufmanns auf den Erwerber mit denselben Mängeln behaftet übergeht, die ihr nach § 5 bei dem Veräußerer anhaften. Ist die Umschreibung der Firma erfolgt, so greift deshalb für den neuen Firmeninhaber auch die Wirkung des § 5 von neuem Platz.

Selbstverständlich ist nach dem vorher Gesagten, daß auch § 25 HGB. Anwendung findet, wenn ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft eines Scheinkaufmanns unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgerverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt wird. Es haftet also dann der Erwerber für alle im Betriebe des Geschäftes begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers den Gläubigern direkt, und die im Betriebe unter dem alten Inhaber begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls nur der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma eingewilligt haben. Also auch auf § 25 HGB. ist § 5 von Einfluß.[9])

Es ist bemerkenswert, daß auch diejenigen, welche dem § 5 jede Bedeutung für § 22 absprechen, trotzdem zu dem obigen Resultat für § 25 kommen, denn der § 25 hat ja gerade eine

---

[8]) Düringer u. Hachenburg S. 109; Goldmann S. 90; ebenso Jacobick S. 36; Nord S. 55 ff.; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 41; Voigt S. 37, 38.

[9]) Düringer u. Hachenburg S. 106; Lehmann-Ring S. 93; Makower S. 123; Staub S. 155; vgl. Jacobick S. 36, 37; Venus S. 37, 38; Voigt S. 38; RG. Bd. 55 S. 83.

nach § 22 erfolgte Handelsgeschäftsveräußerung mitsamt der Firma zur Voraussetzung, steht also, obschon Venus dies bestreitet,[10]) mit § 22 im engsten Zusammenhang. Ebenso ist es inkonsequent, wenn diese Autoren dem Scheinkaufmann auf der einen Seite das Firmenrecht abstreiten, ihm aber auf der anderen Seite Recht und Pflicht zusprechen, unter seiner Firma Recht zu nehmen.

In logischer Durchführung des hier vertretenen Grundsatzes, daß für die Scheinkaufleute nicht die befreiende Bestimmung des § 4 Abs. 1 HGB. Platz greift, müßte den Scheinkaufleuten auch die Buchführungspflicht auferlegt werden, und es müßten auch für sie die Vorschriften über die Handelsbücher (§§ 38—47 HGB.) für bindend erachtet werden. Dies ist jedoch nicht der Fall; eine Pflicht zur Führung von Handelsbüchern kann dem Scheinkaufmann aus folgendem Grunde nicht auferlegt werden. Auch für den Vollkaufmann gibt das Handelsgesetzbuch kein direktes Zwangsmittel zur Buchführung, sondern ein indirektes ist nur dadurch aufgestellt, daß der Vollkaufmann im Falle des Konkurses wegen unterlassener Buchführung auf Grund der §§ 239, 240 KO. strafrechtlich zur Verantwortung gezogen wird. Dieses indirekte Zwangsmittel aber wirkt nicht gegen den Scheinkaufmann, denn, wie später ausgeführt wird, ist der § 5 HGB. für den Strafrichter nicht bindend, seine Rechtsvermutung greift dem Strafrichter gegenüber nicht Platz. Der Scheinkaufmann kann wegen unterlassener Buchführung im Falle des Konkurses nicht in Strafe genommen werden, deshalb kann man ihn zur Buchführung nicht für verpflichtet halten. Aber auch ohne diese Pflicht wird der Scheinkaufmann im eigenen Interesse im allgemeinen den Vorschriften über die Handelsbücher Genüge leisten, um über seinen Geschäftsstand den nötigen Überblick zu haben und von den Büchern gegebenenfalles in einem Rechtsstreit als Beweismittel Gebrauch machen zu können. Hat er ordnungsmäßig geführte Handelsbücher, so wird man diesen dieselbe Beweiskraft, welche die eines Vollkaufmannes in einem Rechtsstreit genießen, nicht versagen können.

Erörtert werden muß hier noch die Stellung des Scheinkaufmanns in bezug auf andere Reichsgesetze. Zur Anwendung der zivilrechtlichen Bestimmungen des Gesetzes betr. die Pflichten zur Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. 7. 1896 auf die Scheinkaufleute kann man die Vollkaufmannsgeltung nicht für ausreichend erachten, denn dieses Gesetz nimmt im § 13 ausdrücklich diejenigen Klassen von Kaufleuten von seinem Geltungsbereich aus, für welche gemäß Art. 10 HGB. (jetzt § 4 HGB.) die

---

[10]) Venus S. 37, 38.

Vorschriften über die Handelsbücher keine Anwendung finden. Da nun oben dargelegt ist, daß dem Scheinkaufmann die Buchführungspflicht nicht obliegt, so fällt er unter die Kaufmannsgattung des § 13 dieses Gesetzes, auf ihn finden deshalb die Bestimmungen dieses Gesetzes keine Anwendung.[11])

Anders verhält es sich beim Reichsgesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 1894. Unter die dort genannten Kaufleute fallen auch die Scheinkaufleute, denn § 8 dieses Gesetzes legt Nachdruck auf die Eintragung und sagt: „wer als Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist", dies ist aber beim Scheinkaufmann der Fall. Mithin erstreckt sich das Gesetz auch auf die Scheinkaufleute mit der Wirkung, daß seine zivilrechtlichen Bestimmungen keine Anwendung finden, wenn ein Scheinkaufmann Empfänger der Waren ist. Dies ist auch ganz recht und billig, denn das Gesetz will nur die Nichtkaufleute schützen, nicht aber solche, die sonst in jeder Hinsicht als Kaufleute behandelt werden und deshalb die kaufmännische Erfahrung haben müssen. Auch unter die Kaufleute im Sinne des Verjährungsparagraphen des Bürgerlichen Gesetzbuchs (§ 196 BGB.) sind die Scheinkaufleute zu rechnen.

Das Gesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen v. 12. 5. 1894 erstreckt sich gleichfalls auf die Scheinkaufleute, denn es bestimmt in § 1 ganz allgemein, daß der, der in seinem „Gewerbebetriebe" sich eines Warenzeichens bedienen will, dieses zur Eintragung in die Zeichenrolle anmelden kann, ein Gewerbebetrieb liegt aber beim Scheinkaufmann vor.

Eigenartig ist die Stellung des Scheinkaufmanns zum Börsengesetz in seiner neuen, durch Bekanntmachung v. 27. 5. 1908 veröffentlichten Fassung. Dieses bestimmt in Abschn. 4 über den Börsenterminhandel, daß Börsentermingeschäfte, die nicht gegen ein durch das Börsengesetz oder den Bundesrat erlassenes Verbot verstoßen, verbindlich sind, wenn auf beiden Seiten als Vertragsschließende Kaufleute usw. beteiligt sind. Nicht zu den Kaufleuten im Sinne dieser Vorschrift gehören aber Personen, deren Gewerbebetrieb über den Umfang des Kleingewerbes nicht hinausgeht, auch wenn sie in das Handelsregister eingetragen sind (§§ 52, 53 des gen. Gesetzes). Demnach findet das Gesetz bezw. die Bestimmungen über Börsentermingeschäfte auf eingetragene Kleingewerbetreibende keine Anwendung laut ausdrücklicher Gesetzesbestimmung, während der Anwendbarkeit auf zu Unrecht registrierte Handwerker des § 4 HGB., also solche, die ein Geschäft des § 1

[11]) Anderer Ansicht Venus S. 42, ohne jedoch nähere Begründung seiner Ansicht zu geben.

Ziff. 1 HGB. nur handwerksmäßig betreiben, aber trotzdem ins Handelsregister eingetragen sind, nichts im Wege steht.[12]) Das Gesetz ist also wirksam für einen Teil der Scheinkaufleute, für einen anderen Teil nicht.

Nachdem die Wirkung des § 5 HGB. im materiellen Zivilrecht erörtert und die große Bedeutung des § 5 auf diesem Rechtsgebiet dargelegt worden ist, muß zur Beantwortung der Fragen geschritten werden, ob der Scheinkaufmann auch infolge der Wirkung des § 5 unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann, ob seine Prozesse vor die Kammern für Handelssachen gehören, ob also der § 5 auch auf das Zivilprozeßrecht seinen Einfluß erstreckt. Diese Frage ist schon aus dem Grunde zu bejahen, weil sonst dem § 5 ein großer Teil seiner beabsichtigten Wirkung, den gutgläubigen Handelsverkehr zu schützen, illusorisch gemacht würde, sobald ein streitiges Rechtsverhältnis im Klagewege zum Austrag gelangen soll. Die alte Rechtsunsicherheit würde dann sofort wieder eintreten, das Vertrauen des Publikums auf den Firmeneintrag würde stark ins Wanken geraten müssen. Außerdem ist es nur eine logische Konsequenz der großen Bedeutung, die man dem § 5 im materiellen Zivilrecht beilegt, ihr diese auch im Zivilprozeßrecht nicht zu versagen, welcher ja nur das rechtlich geordnete Verfahren zur Wahrung der privatrechtlichen Interessen durch die Staatsgewalt darstellt.

Der § 17 Abs. 2 HGB. bestimmt ausdrücklich, daß ein Kaufmann unter seiner Firma klagen und verklagt werden kann, und beseitigt durch diese Vorschrift allen Streit, der unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuchs über diesen Punkt herrschte.[13]) Die genannte Bestimmung hat Aufnahme im neuen Handelsgesetzbuch gefunden, um eine unnötige und lästige Erschwerung der Rechtsverfolgung zu beseitigen. Eine solche Erschwerung wäre vorhanden, müßte die klagende Partei erst Ermittlungen anstellen, welches der bürgerliche Name des zu verklagenden Firmeninhabers ist.[14]) § 17 Abs. 2 HGB. soll also dem Kaufmannsstand und auch sonst jedem, der eine Firma in kommerzieller Beziehung zu verklagen genötigt ist, eine Erleichterung schaffen. Die Bestimmung würde aber absolut wertlos sein, würde man sie nicht auch auf den Scheinkaufmann Anwendung finden lassen, denn dann müßten trotz § 17 Abs. 2 stets vor Klageerhebungen erst Ermittlungen angestellt werden, ob man es nicht etwa mit einem Scheinkaufmann zu tun hat und welches der bürgerliche Name

---

[12]) vgl. JMBl. 1908 Nr. 10 S. 89.
[13]) Denkschr. S. 31.
[14]) Denkschr. S. 31, 32.

des Scheinkaufmanns ist. Dem Motiv des § 17 Abs. 2 würde es also widersprechen, wollte man die durch ihn geschaffene Erleichterung der Rechtsverfolgung nicht auch auf den Scheinkaufmann Platz greifen lassen. Weiterhin würde es auch dem für § 5 ausgesprochenen Grundsatz, daß der Scheinkaufmann infolge des Firmeneintrags als Vollkaufmann behandelt werden soll, entgegenstehen. Andererseits ist auch kein Grund ersichtlich, dem Scheinkaufmann, für den die Rechtsvermutung Vollkaufmannseigenschaft in privatrechtlicher Hinsicht statuiert, das Recht zu versagen, seine Privatrechtsansprüche auch seinerseits im Prozeßwege als Kaufmann unter seiner Firma geltend zu machen und unter seiner Firma zu klagen.

Fernerhin muß aber auch aus logischer Konsequenz der oben vertretenen Ansicht, daß auch der Scheinkaufmann eine Firma und ein Firmenrecht habe, dem § 17 Abs. 2 HGB. Geltung auf den Scheinkaufmann zugesprochen werden.

Man kommt also zu dem Ergebnis, daß die zur sachgemäßen Durchführung des Zivilrechts durch § 17 Abs. 2 gegebenen prozessualen Vorschriften auch auf den Scheinkaufmann Anwendung finden, ihm also das Recht zuzusprechen ist, unter seiner Firma zu klagen, und ihm auch die Pflicht aufzuerlegen ist, unter dieser Firma Recht zu nehmen. Diese Ansicht ist fast allgemein in der Literatur vertreten.[15])

Konsequenterweise müssen dann natürlich auch eine Anzahl anderer prozeßrechtlicher Vorschriften für und gegen die Firma eines Scheinkaufmanns Anwendung finden. So muß z. B. der Erlaß eines Zahlungsbefehls rechtswirksam gegen die Firma eines Scheinkaufmanns möglich sein, die Zwangsvollstreckung muß auf Grund eines gegen die Firma eines Scheinkaufmanns gerichteten Schuldtitels gegen diese zulässig sein.

Eine weitere Konzession hat der Gesetzgeber den Kaufleuten zur Durchführung ihrer kaufmännischen Rechtsstreitigkeiten durch §§ 101 ff. GVG. gegeben, indem er ihnen die Möglichkeit bietet,

---

[15]) Düringer u. Hachenburg S. 58; Goldmann S. 36; Lehmann, Lehrb. S. 44; Lehmann-Ring S. 44; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 48; Staub S. 118; vgl. auch Jacobick S. 39; Nord S. 50; Venus S. 43, 44; Voigt S. 40; Zweifel S. 29. Eigenartig Makower S. 94: „Trotz § 17 Abs. 2 kann selbst gegenüber der Klage einer eingetragenen Firma oder gegenüber der Klage gegen eine eingetragene Firma der Richter, wenn besondere Gründe zum Zweifel vorliegen, den Nachweis fordern, daß die klagende bezw. beklagte Firma die Firma eines Vollkaufmanns ist; denn andererseits würde ihr die Prozeßfähigkeit ermangeln" (§ 56 ZPO.). Entgegengesetzter Ansicht wie die anderen Autoren Göppert bei Goldschmidt Bd. 47 S. 268; er will die Anwendbarkeit der Kaufmannsgeltung nach § 5 HGB. lediglich auf das Privatrecht beschränken.

gewisse Rechtsstreitigkeiten des kaufmännischen Lebens auch durch Kaufleute, durch die mit einem Juristen als Vorsitzenden und zwei Handelsrichtern, Kaufleuten oder Vorständen einer Aktiengesellschaft, als Beisitzern besetzten Kammern für Handelssachen entscheiden zu lassen. Hierdurch soll den Kaufleuten Garantie geboten werden, daß bei ihren geschäftlichen Prozessen auch die vielfachen Handels- und Verkehrsverhältnisse nach Möglichkeit gewürdigt werden und bei der Entscheidung Berücksichtigung finden. § 101 Ziff. 1 GVG. betont ausdrücklich: „Kaufmann im Sinne des Handelsgesetzbuchs", weshalb man, da ja auch die Scheinkaufleute im Handelsrecht allenthalben wie Vollkaufleute behandelt werden und dadurch die Stellung von Kaufleuten im Sinne des Handelsgesetzbuchs handelsrechtlich einnehmen, ohne solche wirklich zu sein, auch den Scheinkaufleuten Zuständigkeit für die im § 101 GVG. aufgezählten Rechtsstreitigkeiten vor den Kammern für Handelssachen zusprechen muß. Hierzu tritt noch, daß der Gesetzgeber das Hauptgewicht auf den bestehenden Registereintrag, nicht auf den Begriff „Kaufmann" zu legen scheint, denn im § 104 Abs. 2 GVG. heißt es: „Ein Beklagter, welcher nicht in das Handelsregister eingetragen ist, kann den Antrag (auf Verweisung von der Zivilkammer an die Kammer für Handelssachen) nicht darauf stützen, daß er Kaufmann sei". Also auch ein Scheinkaufmann des § 5 HGB. kann vor den Kammern für Handelssachen Recht suchen und muß dort Recht geben, er kann dann weiterhin auch nach § 104 GVG. in solchen Fällen, in denen vor die Kammern für Handelssachen gehörige Rechtsstreite vor der Zivilkammer zur Verhandlung gebracht werden, die Verweisung an die Kammer für Handelssachen beantragen.[16])

Weiterhin ist auch für den Scheinkaufmann der Gerichtsstand der Niederlassung des § 21 Abs. 1 ZPO. am Orte seiner Niederlassung begründet, auch hier greift die Rechtsvermutung des § 5 HGB. Platz.

Das Ergebnis der angestellten Erörterungen ist also, daß der § 5 HGB. mit seiner unwiderleglichen Rechtsvermutung auf allen Gebieten des materiellen Zivilrechts und ebenso auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechtes volle Geltung hat und auch auf den Zivilrichter bindende Wirkung ausübt. Die praktische Bedeutung des § 5 auf diesen Gebieten ist also eine sehr große. Welche Bedeutung dem § 5 außerhalb des Zivilrechts zukommt, ist im folgenden zu erörtern.

---

[16]) Düringer u. Hachenburg S. 58; Lehmann-Ring S. 44; Staub S. 77; ebenso Goldmann S. 38; Graff S. 15; Jacobick S. 40; Nord S. 52; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 42; Venus S. 44; 45; Voigt S. 53; Zweifel S. 29; dagegen Lührs S. 15.

II. Die Wirkungen außerhalb des Zivilrechts.

Der Begriff „Kaufmann" spielt auch auf anderen Rechtsgebieten eine Rolle, und oftmals wird den im Handelsregister eingetragenen Kaufleuten eine besondere Stellung eingeräumt. Es ist deshalb zu prüfen, ob auch in solchen Fällen der § 5 HGB. seine Wirkung ausübt, ob die Scheinkaufmannseigenschaft, die Kaufmannsgeltung, hier der Vollkaufmannseigenschaft, dem Kaufmannsein gleichwirkend ist.

Die Denkschrift vertritt den Standpunkt, daß man dem rein äußerlichen Umstande, daß die Eintragung erfolgt sei, für das Gebiet des öffentlichen Rechtes keine maßgebende Bedeutung beilegen dürfe, und daß sich die Tragweite des § 5 HGB. nur auf die privatrechtlichen Verhältnisse des Firmeninhabers zu Dritten erstrecke.[17]) Denselben Standpunkt nimmt Göppert ein und bestreitet entschieden jede Bedeutung des § 5 für Rechtsverhältnisse publizistischer Art.[18])

Die Denkschrift ist jedoch nicht Gesetz, ihre Ansicht ist daher auch nicht bindend, sondern muß als zu eng bezeichnet werden. Wollte man der Ansicht der Denkschrift streng beipflichten, so würde ja der § 5 HGB. schon hinsichtlich der Zuständigkeit der Kammern für Handelssachen für die Klagsachen von Scheinkaufleuten seine Wirkung versagen, daß das aber nach allgemeiner Ansicht nicht der Fall ist, zeigen obige Erörterungen. Man wird daher vielmehr der Ansicht zuneigen müssen, daß der § 5 HGB. im bestimmten Maße auch im öffentlichen Rechte Geltung haben muß, allerdings, um dies vorwegzunehmen, unter strengem Ausschluß des Strafrechtes.[19])

Hinsichtlich des Strafrechtes herrscht unter allen Autoren vollständige Übereinstimmung, alle versagen dem § 5 HGB. die Wirkung gegenüber dem Strafrichter, er wird durch die Rechtsvermutung des § 5 in keiner Weise gebunden. Wird also der Scheinkaufmann, nachdem er in Konkurs geraten ist, auf Grund der §§ 239, 240 KO. wegen unterlassener oder gesetzwidriger Buchführung oder wegen unterlassener Bilanzziehung strafrechtlich zur Verantwortung gezogen, so kann er trotz der Bestimmung des § 5 HGB. geltend machen, er sei kein Vollkaufmann, das von ihm betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe oder gehe über

---

[17]) Denkschr. S. 18.

[18]) Göppert bei Goldschmidt Bd. 47 S. 268.

[19]) Cosack S. 37; Düringer u. Hachenburg S. 58; Gareis, Handausgabe S. 26; Goldmann S. 35; Lehmann-Ring S. 44; Staub S. 77; ebenso Jacobick S. 38; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 39ff.; Voigt S. 49; Zweifel S. 27.

den Umfang des Handwerks oder Kleinhandelsgewerbes nicht hinaus, folglich sei er weder zur Buchführung noch Bilanzziehung verpflichtet gewesen; dieser Gegenbeweis kann dem Scheinkaufmann nicht abgeschnitten werden.[20]) Der Strafrichter hat nach den Grundsätzen der freien richterlichen Beweiswürdigung unabhängig vom Registereintrag und der Entscheidung des Registerrichters zu prüfen und zu entscheiden, ob der Kridar zur maßgebenden Zeit Vollkaufmann und buchführungspflichtig war. Für den Strafrichter hat die Eintragung keine rechtliche Bedeutung, sondern er hat sogar diese Prüfung auch dann vorzunehmen, wenn der Kridar keinen derartigen Einwand geltend macht. Der Strafrichter kann daher auf Grund des Ergebnisses seiner Prüfung ebensogut die Vollkaufmannseigenschaft eines Scheinkaufmanns bejahen, wie er sie trotz der Eintragung als Vollkaufmann verneinen kann.

Dasselbe gilt in Anbetracht der Strafbestimmungen des Gesetzes betr. die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere v. 5. 7. 1896. Auch hier ist die Rechtsvermutung des § 5 HGB. ohne Wirkung, der in Konkurs geratene Scheinkaufmann kann nicht wegen Unterlassung der Führung des Depotnummerbuches oder unterlassener gesonderter Aufbewahrung der Wertpapiere nach § 10 dieses Gesetzes oder wegen des in § 11 genannten Verbrechens auf Grund dieses Gesetzes verurteilt werden.[21])

Anders verhält es sich beim Gesetz betr. die Abzahlungsgeschäfte v. 16. 5. 1894. Nach § 7 dieses Gesetzes macht sich strafbar, wer Lotterielose, Inhaberpapiere mit Prämien oder Bezugs- oder Anteilscheine auf solche Lose oder Inhaberpapiere gegen Teilzahlungen verkauft, während § 8 ausdrücklich bestimmt, daß die Bestimmungen dieses Gesetzes keine Anwendung finden, wenn der Empfänger der Ware als Kaufmann „in das Handelsregister eingetragen ist". Hier legt das Gesetz, wie schon oben erwähnt, den Nachdruck auf den bestehenden Handelsregistereintrag, bindet daher den Strafrichter an die Tatsache der Eintragung und macht diese zum Gegenstand seiner Beweiserhebung ohne Rücksicht auf die Rechtmäßigkeit des Firmeneintrags. Folglich bleibt in diesem Falle ein Verkäufer nach § 7 infolge § 8 straffrei, auch wenn der Eingetragene nur Scheinkaufmann nach § 5 HGB. ist.[22]) Dies ist jedoch nicht eine Folge der Rechtsvermutung des § 5 HGB.,

---

[20]) Düringer u. Hachenburg S. 58; Jaeger S. 946; Makower S. 44; Olshausen S. 1148; ebenso Jacobick S. 42, 43; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 38; Venus S. 52; Voigt S. 50; Zweifel S. 32.

[21]) Venus S. 52; Voigt S. 51.

[22]) Düringer u. Hachenburg S. 58; Lehmann-Ring S. 44; ebenso Jacobick S. 41; Nord S. 54; Venus S. 53.

sondern lediglich der positiven Vorschrift des § 8 des obigen Gesetzes, die Rechtsvermutung an sich würde auch hier für den Strafrichter irrelevant sein.

Genau so versagt die Wirkung des § 5 HGB. auch dem Registerrichter gegenüber. Über eine positive Gesetzesvorschrift kann natürlich die Rechtsvermutung des § 5 nicht achtlos hinwegschreiten. Eine solche Gesetzesvorschrift aber ist im § 142 FGG. gegeben, wonach der Registerrichter berechtigt ist, erfolgte Eintragungen in das Handelsregister, welche wegen Mangel einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig waren, von Amts wegen durch Eintragung eines Vermerks zu löschen; eine weitere ist im § 140 FGG. in Verb. mit § 37 Abs. 1 HGB. gegeben, wonach der Registerrichter den eine ihm nicht zustehende Firma Gebrauchenden durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma anhalten muß. Wäre dem Registerrichter gegenüber aber die Berufung auf § 5 HGB. mit Erfolg möglich, so würden diese Gesetzesbestimmungen illusorisch gemacht und der durch sie angestrebte Zweck, das Handelsregister vor unrechtmäßigen Firmeneinträgen zu bewahren, ihm auch materiellrechtlich möglichste Zulässigkeit zu verleihen, vereitelt. Deshalb hat für den Registerrichter die Berufung auf § 5 keine bindende Kraft. Das ist auch allgemein anerkannt.[23])

Bestritten ist die Frage, ob der Scheinkaufmann zum Handelsrichteramt qualifiziert ist. Das Gesetz (§ 113 GVG.) bestimmt, daß zum Handelsrichter jeder Deutsche ernannt werden kann, welcher als *Kaufmann* oder Vorstand einer Aktiengesellschaft *in das Handelsregister eingetragen oder eingetragen gewesen ist*, das 30. Lebensjahr vollendet hat und in dem Bezirke der Kammer für Handelssachen wohnt. Ebenso wie im § 104 GVG. legt das Gesetz auch hier wieder zweifellos Nachdruck auf die Eintragung ins Handelsregister, nicht auf das Vorhandensein der Vollkaufmannseigenschaft. Auch der Scheinkaufmann ist als *Kaufmann* ins Handelsregister eingetragen, er soll als Kaufmann behandelt werden, ohne es durch den Eintrag geworden zu sein, er hat nicht nur das Recht, seine Prozesse vor die Kammern für Handelssachen zu bringen, sondern kann sogar gezwungen werden, vor diesen Kammern Recht zu nehmen. Das Recht des Scheinkaufmanns auf Beantragung der Verweisung seiner Prozesse von der Zivilkammer an die für Handelssachen ist oben besonders auf die Betonung des Firmeneintrags in § 104 GVG. gestützt worden. Aus allen den Gründen kann jetzt nicht

---

[23]) *Gareis*, Handausgabe S. 24; *Jacobick* S. 42; *Nord* S. 39; *Venus* S. 52; *Voigt* S. 52; *Venus* S. 22ff.; *Zweifel* S. 31.

ein entgegengesetzter Standpunkt eingenommen, in diesem Falle plötzlich voller Nachdruck auf das Wort Kaufmann gelegt und gesagt werden, für § 113 GVG. versagt der § 5 HGB. seine Wirkung, hier genügt nicht Scheinkaufmannseigenschaft, hier wird Vollkaufmannsqualität verlangt, Recht geben und Recht nehmen muß bezw. kann der Scheinkaufmann zwar vor den Kammern für Handelssachen, das Ehrenamt des Handelsrichters aber bleibt ihm versagt. Vielmehr wird hier die Ansicht vertreten, daß der Scheinkaufmann bei Vorliegen der übrigen gesetzlichen Voraussetzungen auch zum Handelsrichter ernannt werden kann.[24])

Venus, der für die Anwendbarkeit des § 104 GVG. auf den Scheinkaufmann ebenfalls ausdrücklich auf die Betonung des Handelsregistereintrags im Gesetz in diesem Fall Wert legt, versagt dem zweifellos in gleicher Weise betonten Handelsregistereintrag im Falle des § 113 GVG. die Wirkung. Er will den Scheinkaufmann nicht als zum Handelsrichter wählbar anerkennen, denn der § 113 GVG. enthalte nicht wie §§ 101ff. GVG. eine Vorschrift zur unmittelbaren Durchführung materiell-zivilrechtlicher Bestimmungen, er sei nicht prozessual, sondern rein gerichtsorganisatorisch; die Einrichtung der Kammern für Handelssachen bezwecke die Teilnahme „Handelskundiger" an der Rechtsprechung, nur mit den als Kaufmann eingetragenen Personen wolle das Gesetz die Handelskundigen bezeichnen, und nur durch den Betrieb eines Vollhandelsgewerbes wolle das Gesetz die Handelskunde als gegeben erachten. Er führt dann weiter aus, wollte man den Kaufmann zum Handelsrichter qualifiziert erachten, so käme man zu ganz unhaltbaren Konsequenzen und müßte einem zu Unrecht registriert gewesenen Gewerbetreibenden, dessen Löschung nach § 37 HGB. und § 142 FGG. herbeigeführt worden ist, der aber buchstäblich genommen doch auch als Kaufmann im Handelsregister eingetragen war, die Qualifikation zum Handelsrichter zusprechen.[25]) Dieser Ausführung ist entgegenzuhalten, daß die Betonung des Handelsregistereintrags im § 104 GVG. genau so stark ist wie im § 113 GVG., mißt man ihr in einem Falle Bedeutung bei, muß man es auch im anderen Falle tun. Fernerhin ist entgegenzuhalten, daß im Gesetz nichts davon steht, daß nur der eingetragene Vollkaufmann die von Venus betonte „Handelskunde" habe, daß aber auch praktisch dem Scheinkaufmann diese kaum abzusprechen sein kann, da er ja dieselben

---

[24]) Düringer u. Hachenburg S. 58; Lehmann-Ring S. 44; ebenso Jacobick S. 40; Nord S. 51; Zweifel S. 30. Entgegengesetzter Ansicht: Staub S. 78; Dickel S. 40; Heinemann S. 45; Lührs S. 16; Venus S. 46, 47; Voigt S. 49.

[25]) Venus S. 46, 47.

handelsrechtlichen Pflichten und Rechte wie der Vollkaufmann hat — auch Venus legt dem Firmeneintrag des § 5 HGB. größtenteils die oben unter I erörterten zivilrechtlichen und zivilprozessualen Wirkungen bei —, und daß schließlich das Gesetz überhaupt nicht auf der „Handelskunde" fußt. Dies tut das Gesetz schon aus dem Grunde nicht, weil doch unbestritten der nicht eingetragene Vollkaufmann des § 1 HGB. sicher dieselbe Handelskunde wie der eingetragene besitzt, er aber trotzdem infolge des mangelnden Firmeneintrags nicht zum Handelsrichter qualifiziert ist, da gerade der Firmeneintrag Voraussetzung ist. Die von Venus als unhaltbar bezeichnete Konsequenz, welche oben zuletzt angeführt ist, wird aber praktisch niemals eintreten, weil die Handelsrichter durch die zur Vertretung des Handelsstandes berufenen Organe vorgeschlagen werden, diese Organe aber infolge ihrer regen Fühlung mit dem Registerrichter Kenntnis von der zwangsweisen Löschung der Firma eines Scheinkaufmanns im Handelsregister haben werden und deshalb einen zu Unrecht im Handelsregister eingetragen gewesenen und zwangsweise gelöschten Scheinkaufmann nie zum Handelsrichter vorschlagen werden. Auch die als letzte Begründung seiner Ansicht von Venus gemachte Ausführung, daß nach § 117 die Enthebung vom Handelsrichteramt zu geschehen habe, wenn der Handelsrichter eine der für seine Ernennung zum Handelsrichter erforderlichen Eigenschaften nachträglich verliert — oder, wie Venus hier ergänzend interpretiert haben will, wenn sich nachträglich herausstellt, daß er die erforderlichen Eigenschaften nie besessen habe und man die gesetzlichen Voraussetzungen nur zu Unrecht für gegeben angenommen habe —,[26]) kann nicht als stichhaltig angesehen werden, denn die für die Ernennung zum Handelsrichter erforderlichen Eigenschaften sind nach Gerichtsverfassungsgesetz der bestehende oder bestandene Eintrag als Kaufmann im Handelsregister, Eigenschaft als Deutscher, Wohnen im Bezirk der Kammer für Handelssachen, nicht durch gerichtliche Anordnung verfügte Vermögensbeschränkung, Vollendung des 30. Lebensjahres. Nur diese Eigenschaften, außer der letztgenannten, können nachträglich verloren werden, die erstere durch zwangsweise Löschung, weil erst dann rechtsgültig die Unrechtmäßigkeit des Firmeneintrags feststeht. Auf die Frage der Zulässigkeit der von Venus gewollten erweiterten Interpretation des § 117 GVG. einzugehen, erübrigt sich durch die hier vertretene Ansicht, daß der Scheinkaufmann die von Venus geforderte Handelskunde habe, und daß lediglich der Eintrag als Kaufmann

---

[26]) Venus S. 47.

ohne Rücksicht auf die Vollkaufmannseigenschaft als gesetzliche Voraussetzung genüge.

Einer Erörterung bedarf auch die Frage, ob der Scheinkaufmann aktives und passives Wahlrecht und Beitragspflicht zu den Handelskammern habe, ob also die Wirkung des § 5 HGB. hier Platz greift. Venus verneint auch diese Frage. Das aktive Wahlrecht zu den Handelskammern sei ein Standesrecht der wirklichen Vollkaufleute, das bei mangelnden Voraussetzungen durch das rein äußerliche Moment der Registrierung nicht erzeugt werden könne, die Bemänglung der Vollkaufmannsqualität könne nicht infolge § 5 HGB. wegen der Registrierung ausgeschlossen werden; dasselbe gelte für das passive Wahlrecht, und auch auf die Beitragspflicht als öffentlichrechtliche Standespflicht könne der zivilistische § 5 HGB. keine Wirkung haben.[27]) Denselben Standpunkt vertritt auch v. d. Mosel, wenn er sagt, daß die Tatsache der Eintragung ins Handelsregister für die Frage, ob ein Handels-, Fabrik- oder Handwerksbetrieb vorliege, gleichgültig sei, es sich vielmehr nach den reichsgerichtlichen Merkmalen des Fabrikbetriebes richte, ob der Betrieb handwerks- oder fabrikmäßig sei.[28]) Auch Voigt ist ohne besonderes Eingehen auf diesen Punkt derselben negierenden Ansicht.[29]) Für Preußen hat diese Frage das preußische Oberverwaltungsgericht ebenfalls verneint,[30]) auch Staub[31]) verneint sie.

Trotzdem wird auch für diese Frage der entgegengesetzte Standpunkt vertreten, den auch Jocobick[32]) und Zweifel[33]) einnehmen. Die Vertretung des Handelsstandes wird in Sachsen durch das sächsische Gesetz v. 4. 8. 1900 geregelt. § 7 dieses Gesetzes bestimmt für das aktive Wahlrecht, daß zur Teilnahme an den Urwahlen für die Handelskammern innerhalb des Kammerbezirkes berechtigt sind „diejenigen natürlichen oder juristischen Personen, welche ein Handelsgewerbe im Sinne von §§ 1 u. 2 HGB. betreiben und als Inhaber oder Teilhaber einer Firma im Handelsregister eingetragen sind, sofern sie nach §§ 17a u. 21 des Einkommensteuergesetzes v. 24. 7. 1900 im Kammerbezirke mit einem Einkommen von mehr als 3100 Mk. eingeschätzt sind". Betreiben aber Scheinkaufleute ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 Ziff. 1 HGB. nur handwerksmäßig oder ein solches im Sinne

---

[27]) Venus S. 49, 50.
[28]) v. d. Mosel, Handwörterb. S. 410.
[29]) Voigt S. 49.
[30]) Urteil des III. Senats v. 3. 9. 1902, auszugsweise abgedruckt im Berliner Tageblatt v. 5. 9. 1902, zitiert bei Zweifel S. 30; Jacobick S. 40; Venus S. 50.
[31]) Staub S. 78.
[32]) Jacobick S. 40, 41.
[33]) Zweifel S. 30, 31.

von § 1 Ziff. 3, 4, 5, 6, 7 u. 8 nur im Kleinbetrieb, so betreiben sie trotzdem ein Handelsgewerbe im Sinne von § 1 HGB. Treffen nun auf solche Scheinkaufleute die oben genannten steuerrechtlichen Voraussetzungen zu, so genügt wörtlich genommen zur Erfüllung der Bedingung des § 7 obigen Gesetzes allein schon die Eintragung im Handelsregister. Hierzu tritt noch, daß durch § 5 HGB. der Einwand abgeschnitten ist, daß dieses Gewerbe nur ein handwerksmäßiges oder Minderhandelsgewerbe nach § 4 HGB. sei. Für Scheinkaufleute dieser Arten von Gewerbebetrieb wird schon aus diesen Gesichtspunkten für Bejahung der Frage einzutreten sein. Aber auch für die übrigen Scheinkaufleute muß man dies im Hinblick auf den schon oft erwähnten Grundsatz tun, daß sie wie richtige Kaufleute behandelt werden sollen und daß sie auch in anderer Beziehung an den Rechten und Pflichten der Vollkaufleute teilnehmen. Es kann ihnen also auch hier die Teilnahme aus Billigkeitsgründen nicht versagt werden, und es bietet schließlich auch einen wesentlichen Vorteil und ist nur eine Gerechtigkeit gegen die übrigen Kaufleute, wenn man auch den Scheinkaufleuten die Beitragspflicht zu den Handelskammern auferlegt. Gerade letzteres ist ein wirksames Mittel, die Scheinkaufleute zur Löschung ihrer Firma zu veranlassen, so dem Registerrichter unterstützend in die Hände zu arbeiten und weitere Hilfsmittel zur Erlangung der Richtigkeit des Handelsregisters zu schaffen. Außerdem führt die gegenteilige Ansicht zu der in der Praxis sehr störenden Schwierigkeit, daß bei Aufstellung der Wähler- und Hebelisten für die Handelskammern nicht die Handelsregistereinträge als Grundlage benutzt werden könnten, sondern bei jedem Firmeninhaber Ermittlungen angestellt werden müßten, ist er Kaufmann oder nur Scheinkaufmann, liegen der Eintragung die materiellrechtlichen Voraussetzungen zugrunde oder nicht. Diese Schwierigkeiten werden vermieden, wenn man der hier vertretenen Auffassung beipflichtet, daß der § 5 HGB. auch für diese Frage im bejahenden Sinne ausschlaggebend ist.[34]) Venus selbst verkennt trotz seiner entgegengesetzten Ansicht nicht, daß man sich praktisch tatsächlich bei der Aufstellung obengenannter Listen an die Firmeneinträge hält,[35]) in der Praxis also der Firmeneintrag, auch der unrechtmäßige, ausschlaggebend ist, nur kann nach seiner Meinung im Bestreitungsfalle aus § 5 HGB. von keiner Seite die Bemänglung der Vollkaufmannseigenschaft für unzulässig erklärt werden.

---

[34]) Ebenso Düringer u. Hachenburg S. 58; Jacobick S. 41; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 42; Zweifel S. 31.

[35]) Venus S. 50.

Es wird nicht verkannt, daß sich über alle die zuletzt erörterten Fragen sehr wohl streiten läßt. Wenn in dieser Abhandlung trotzdem die bestrittene Ansicht vertreten wird, daß auch in den genannten Fällen der § 5 HGB. Wirksamkeit ausübe, so ist dies stets im Hinblick auf die dem § 5 HGB. zugrunde zu legende Tendenz geschehen, Sicherheit im Rechtsverkehr zu schaffen und deshalb auch in öffentlichrechtlicher Hinsicht der Rechtsvermutung des § 5 Geltung zuzusprechen, um dem Scheinkaufmann auch in öffentlichrechtlicher Beziehung die Rechte zu geben und Pflichten aufzuerlegen, die der ihm eingeräumten Stellung im Handelsverkehr entsprechen.

§ 9.

Die Bedeutung des § 5 HGB. für die Handelsgesellschaften.

Nachdem bisher absichtlich der § 5 HGB. nur in seiner Wirkung auf Personenkaufleute erörtert worden ist, soll nunmehr der Frage nähergetreten werden, welche Wirkungen der § 5 auf die Handelsgesellschaften äußert.

§ 6 Abs. 1 HGB. bestimmt ganz allgemein:

„Die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung".

Also auch der § 5 HGB. findet hiernach auf die Handelsgesellschaften Anwendung; das bisher für die Einzelkaufleute Gesagte gilt analog auch für die Handelsgesellschaften, insoweit nicht besondere Gesetzesbestimmungen eine abweichende Behandlung erforderlich machen. Hierdurch wird unzweifelhaft der Wirkungskreis und die Bedeutung des § 5 HGB. erheblich erweitert. Die Untersuchungen müssen deshalb auch auf die Handelsgesellschaften ausgedehnt werden.

Handelsgesellschaften im Sinne des Gesetzes sind: die offene Handelsgesellschaft, die Kommanditgesellschaft, die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung, während nicht als Handelsgesellschaften gelten: die Erwerbs- und Wirtschaftsgenossenschaft und die stille Gesellschaft.[1])

Daß die unwiderlegliche Rechtsvermutung als positive Rechtswirkung des § 5 HGB., wie sie oben in § 5 dargestellt ist, für die Handelsgesellschaften die gleiche sein muß wie für die Personen-

[1]) Düringer u. Hachenburg S. 59; Makower S. 45; Lehmann, Lehrb. S. 279, 280; Lehmann-Ring S. 45.

kaufleute, ist klar, es fragt sich nur, ob die Bedeutung und Wirkung des § 5 HGB. infolge der im einzelnen für die Handelsgesellschaften gegebenen Gesetzesbestimmungen für alle Handelsgesellschaften gleich stark ist. Dies soll im folgenden untersucht werden.

Die Aktiengesellschaft, Kommanditgesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung sollen vorläufig beiseite gelassen werden, da für sie die Erlangung ihrer Eigenschaft als Handelsgesellschaft nicht durch den Betrieb eines Handelsgewerbes bedingt ist (§§ 210 Abs. 2, 230 Abs. 3 HGB. und § 1 GmbHG. v. 20. 4. 1892).

Es mag zunächst die offene Handelsgesellschaft in Betracht gezogen werden.

Das wesentliche Erfordernis für das Zustandekommen einer offenen Handelsgesellschaft ist ein Gesellschaftsvertrag, der auf den Betrieb eines Handelsgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist und den Erfordernissen des § 105 HGB. genügt. Für den Eintritt der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft Dritten gegenüber ist § 123 HGB. maßgebend, indem er in Abs. 1 bestimmt: „Die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft tritt im Verhältnis zu Dritten mit dem Zeitpunkte ein, in welchem die Gesellschaft in das Handelsregister eingetragen wird". Dies bedeutet einen wesentlichen Unterschied gegenüber den Einzelkaufleuten. Hat nämlich eine auf Grund ihres gültigen Gesellschaftsvertrages ins Handelsregister eingetragene offene Handelsgesellschaft ihren Geschäftsbetrieb noch nicht eröffnet, so gilt sie Dritten gegenüber auf Grund dieser Gesetzesbestimmung trotzdem schon als bestehend, auch wenn der Dritte wußte, daß die Eröffnung des Geschäftsbetriebes noch nicht erfolgt ist, denn eine Verabredung der Gesellschafter dahin, daß die Gesellschaft erst in einem späteren Zeitpunkt ihren Anfang nehmen solle, ist Dritten gegenüber unwirksam (§ 123 Abs. 3 HGB.), wenn sie auch für die Gesellschafter selbst bindend ist. Dieser positiven Gesetzesbestimmung gegenüber würde also die an sich nach § 5 HGB. zulässige Einrede der Gesellschafter gegenüber Dritten, daß gar kein Gewerbebetrieb vorliege, da er noch nicht begonnen habe, mithin auch die Rechtsvermutung des § 5 nicht Platz greife, versagen, hier genügt der auf den wenn auch erst zukünftigen Handelsgewerbebetrieb unter gemeinschaftlicher Firma gerichtete Gesellschaftsvertrag in Verbindung mit der Eintragung für die Kaufmannsqualität der Gesellschaft und für die Versagung obiger Einrede, daß kein Gewerbebetrieb, mithin keine Handelsgesellschaft vorliege.

Daß die Gesellschaft aber bei einem schon vor ihrer Eintragung liegenden Geschäftsbeginn auch schon vor ihrer Eintragung mit dem Zeitpunkt ihres tatsächlichen Geschäftsbeginns in Wirksamkeit tritt, insofern sich nicht aus § 2 HGB. ein anderes ergibt (§ 123 Abs. 2

HGB.), kommt hier für diese Abhandlung nicht in Betracht, da ja für die Berufung auf § 5 HGB. der Firmeneintrag die Voraussetzung bildet. Man kann höchstens aus der Gegenüberstellung von § 123 Abs. 1 u. 2 HGB. den selbstverständlichen Schluß ziehen, daß die Eintragung als letzter Zeitpunkt für den Beginn der Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft nach außen gesetzlich bestimmt ist, wenn nur ein gültiger Gesellschaftsvertrag dieser Eintragung zugrunde liegt.[2])

Wie § 123 Abs. 2 HGB. zeigt, ist die Eintragung also gar nicht in allen Fällen wesentliches Erfordernis für die Wirksamkeit der offenen Handelsgesellschaft, so nämlich dann nicht, wenn sich ihr Gewerbebetrieb mit den Vollhandelsgewerben des § 1 HGB. befaßt. Hieraus ergibt sich, daß die Eintragung auch nicht von konstitutiver Wirkung für diese Gesellschaftsart ist. Fehlt ein wesentliches Erfordernis für die Entstehung der offenen Handelsgesellschaft, so kann diese auch durch ihre Eintragung nicht zur offenen Handelsgesellschaft werden. Ein wesentliches Erfordernis bildet aber neben dem obengenannten Gesellschaftsvertrag der Betrieb eines Vollhandelsgewerbes bezw. eines solchen nach § 2 oder § 3 HGB., denn § 4 Abs. 2 HGB. bestimmt ausdrücklich, daß durch die Vereinigung zum Betriebe eines Gewerbes, auf welches die Vorschriften über die Firmen, die Handelsbücher und die Prokura keine Anwendung finden, also durch eine Vereinigung von Handwerkern oder Kleingewerbetreibenden eine offene Handelsgesellschaft oder Kommanditgesellschaft nicht begründet werden kann. Ist die Eintragung trotzdem zu Unrecht erfolgt, weil zum Beispiel ein Gewerbe im Sinne von § 1 Ziff. 1 HGB. nur handwerksmäßig oder eins im Sinne von § 1 Ziff. 3, 4, 5, 6, 7 u. 8 HGB. nur kleingewerbsmäßig betrieben wird, so ist zwar gemäß § 105, 4 Abs. 2 HGB. keine offene Handelsgesellschaft entstanden, jedoch greift hier alsdann die Wirkung des § 5 HGB. voll ein, und es kann gegenüber dem, der sich auf die Eintragung der Firma beruft, nicht geltend gemacht werden, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei nur handwerksmäßig bezw. nur ein Kleinhandelsgewerbe.[3]) Die Bemänglung der Vollhandelsgewerbeeigenschaft und Eigenschaft als Handelsgesellschaft wird alsdann infolge § 5 HGB. ausgeschlossen, die Rechtsvermutung des § 5 greift Platz, die Gesellschafter sind Scheinkaufleute und müssen sich für die Dauer

[2]) Bolze, Praxis d. RG. in Zivils. Bd. 23 Nr. 574; Cosack S. 124ff., 530; Lehmann, Lehrb. S. 292; ebenso Finger S. 44; Jacobick S. 18; Zweifel S. 17.

[3]) Gareis, Handausgabe S. 124; Lehmann, Lehrb. S. 285, 286; Lehmann-Ring S. 258; vgl. auch Jacobick S. 18; Thoering S. 24; Venus S. 39; Voigt S. 43; Zweifel S. 18.

der Eintragung ihrer Firma in der oben im § 8 dargelegten Weise als Scheinkaufleute, also als Gesellschafter, behandeln lassen.[4] Sogar in ihrem Verhältnis untereinander können sich die Gesellschafter auf § 5 HGB. wirksam berufen.[5] Vor allen Dingen ist auch in diesem Fall die eingetragene Gesellschaft fähig, unter ihrer Firma gemäß § 124 Abs. 1 HGB. Rechte zu erwerben, Verbindlichkeiten einzugehen, Eigentum und andere dingliche Rechte an Grundstücken zu erwerben und unter ihrer Firma zu klagen bezw. verklagt zu werden; die Zwangsvollstreckung kann gemäß § 124 Abs. 2 HGB. auf Grund eines gegen die Gesellschaft gerichteten Schuldtitels in das Gesellschaftsvermögen vollstreckt werden; die Gesellschafter selbst haften gemäß § 128 HGB. für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft den Gläubigern als Gesamtschuldner.

In allen solchen Fällen hat die Eintragung die besondere Wirkung, die ihr § 5 HGB. beilegt.

Ohne Eintragung würde eine solche Gesellschaft von Minderkaufleuten aber nur nach bürgerlichem Recht zu beurteilen sein.

Die Eintragung vorausgesetzt, sind fernerhin gegenüber der Berufung auf die Firmeneintragung der Gesellschaft alle die Einwendungen zulässig, die gegenüber der Berufung auf die Firmeneintragung des Einzelkaufmanns durch § 5 HGB. nicht abgeschnitten werden, insoweit sie nicht durch § 123 HGB. ausdrücklich ausgeschlossen sind. Also sind auch die oben im § 5 genannten, sich aus dem Begriff des Gewerbes ergebenden Einreden zulässig, wenn nach vorherigem Gewerbebetrieb bei dem Gewerbe später der Mangel eines der Kriterien des Gewerbes eintritt, somit der Betrieb eines Gewerbes aufhört.

Hierzu treten weiterhin die aus dem Gründungshergang der Gesellschaft und dem Gesellschaftsvertrag resultierenden Einwendungen. Ist z. B. der Gesellschaftsvertrag mit einem Geschäftsunfähigen, vielleicht einem wegen Geisteskrankheit Entmündigten (§ 104 Ziff. 3 BGB.), geschlossen, so ist gar kein Gesellschaftsvertrag zustande gekommen (§ 105 HGB.), es ist keine offene Handelsgesellschaft entstanden, und auch bei zu Unrecht erfolgter Firmeneintragung ist der eingetragenen Gesellschaft gegenüber der Einwand gegeben, daß kein bezw. kein gültiger Gesellschaftsvertrag vorliegt,[6] eine Haftung des eingetragenen nicht geschäftsfähigen

---

[4] Düringer u. Hachenburg S. 60; Makower S. 285; Lehmann-Ring S. 224; Staub S. 460; vgl. auch Jacobick S. 18.

[5] RG. Bd. 50 S. 154.

[6] Düringer u. Hachenburg S. 58; Gareis, Lehrb. S. 138; Lehmann-Ring S. 258; Staub S. 461; ebenso Jacobick S. 18; Thoering S. 24; Venus S. 18; Voigt S. 44; Blumenthal S. 16.

Gesellschafters gemäß § 109 HGB. kann alsdann auch nicht eintreten.[7])

Hinsichtlich der Kommanditgesellschaft bestimmt § 161 Abs. 2 HGB.: „Soweit nicht in diesem Abschnitt ein anderes vorgeschrieben ist, finden auf die Kommanditgesellschaft die für die offene Handelsgesellschaft geltenden Vorschriften Anwendung". Das Handelsgesetzbuch faßt also die Kommanditgesellschaft als eine Abart der offenen Handelsgesellschaft auf, deshalb ist das oben für letztere Ausgeführte zur analogen Anwendung auf die Kommanditgesellschaft zu bringen.

Es fehlt nur noch die Erörterung über die Anwendbarkeit des § 5 HGB. auf die Aktiengesellschaft, die Kommanditgesellschaft auf Aktien und die Gesellschaft mit beschränkter Haftung.

Bei diesen drei Gesellschaftsarten hat die Eintragung ins Handelsregister eine weitergehende Wirkung als bei den beiden vorher behandelten Gesellschaften. Diese drei Gesellschaften entstehen erst mit ihrer Eintragung (vgl. §§ 200, 220 Abs. 3 HGB. und § 11 GmbHG. v. 20. 4. 1892), die Eintragung wirkt bei ihnen also konstitutiv.

Die erste Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 5 HGB., daß eine Firma ins Handelsregister eingetragen ist, ist also für alle drei Gesellschaften gegeben, weil sie ja erst durch die Eintragung überhaupt entstehen.

Eine weitere Voraussetzung für die Berufung auf § 5 HGB. bildet jedoch, wie oben in § 4 ausgeführt, daß unter der eingetragenen Firma auch ein Gewerbe betrieben wird, da ja sonst die Einrede des mangelnden Gewerbebetriebes der Berufung auf § 5 entgegengehalten werden kann. Es muß also zunächst untersucht werden, ob für die drei Gesellschaftsarten der Betrieb eines Gewerbes überhaupt Erfordernis ist.

Diese Frage soll zuerst für die Aktiengesellschaft erörtert werden. Für sie bestimmt § 210 Abs. 2 HGB.: „Die Aktiengesellschaft gilt als Handelsgesellschaft, auch wenn der Gegenstand des Unternehmens nicht in dem Betrieb eines Handelsgewerbes besteht". Diese Fassung des Gesetzes hat einen Streit darüber entstehen lassen, ob für die Aktiengesellschaft der Betrieb überhaupt eines Gewerbes wesentliches Erfordernis ist oder ob auch durch die Eintragung einer sonst den Erfordernissen der Aktiengesellschaft entsprechenden Gesellschaft, die sich jedoch nicht mit dem Betriebe eines Handels- oder sonstigen Gewerbes befaßt, eine Aktiengesellschaft entstehen kann.

---

[7]) Cosack S. 530 ff.

Unbestritten ist es, daß die Form einer Aktiengesellschaft für den Betrieb irgend eines Gewerbes, welches nicht Handelsgewerbe ist, gewählt werden kann; dies geht aus § 210 Abs. 2 HGB. deutlich hervor, auch bestehen solche Aktiengesellschaften in großer Anzahl, z. B. Bergwerke. Die Streitfrage ist nur, ob Personenvereinigungen, die nur idealen Zwecken ohne jeden Gewerbebetrieb dienen, auch die Form von Aktiengesellschaften wählen können, z. B. gemeinnützige Unternehmungen zur Gründung von Asylen für Obdachlose usw. Unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches in der Zeit vor 1900 war dies zweifellos zulässig,[8]) nach dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches ist jedoch über diese Frage ein Streit in der Literatur entstanden. Veit Simon hat die Frage zuerst angeschnitten;[9]) er behauptet, seit der Geltung des Bürgerlichen Gesetzbuchs sei es unmöglich, daß nichtwirtschaftliche Vereine die Form der Aktiengesellschaft wählen könnten. Er führt in seiner Abhandlung dann folgendes aus: Die Aktiengesellschaften seien Vereine im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs, unterständen mithin auch den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches. Nach § 21 BGB. aber erlangten Vereine, deren Zweck nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet ist, nur durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts in Gemäßheit der Vorschriften §§ 53 ff. BGB. Rechtsfähigkeit. Der § 22 BGB., welcher die Regelung der Rechtsfähigkeit solcher Vereine enthalte, deren Zweck auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtet sei, enthalte einen besonderen Vorbehalt für solche Vereine, bei denen diese Regelung durch besondere reichsgesetzliche Vorschriften getroffen sei, mithin auch für die Aktiengesellschaften. Da dieser selbe Vorbehalt nicht auch im § 21 BGB. enthalten sei, müsse der notwendige Schluß gezogen werden, daß nicht auf einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb gerichtete Vereine, sogen. Idealvereine, in Zukunft nur noch nach Maßgabe der Vorschriften des § 21 BGB. durch Eintragung in das Vereinsregister Rechtsfähigkeit erlangen und nicht mehr die Form der Aktiengesellschaften wählen könnten, denn sonst wäre es unerfindlich, weshalb nicht der gleiche Vorbehalt auch im § 21 BGB. gemacht worden sei. Die Bestimmung des § 61 BGB., daß die Verwaltungsbehörde gegen die Eintragung Einspruch erheben kann, wenn der Verein nach dem öffentlichen Vereinsrecht unerlaubt ist oder verboten werden kann oder wenn er einen politischen, sozialpolitischen oder religiösen Zweck ver-

[8]) Cosack S. 33; Lehmann-Ring S. 374; vgl. auch Jacobick S. 19; Zweifel S. 19.

[9]) Veit Simon bei Goldschmidt Bd. 49 S. 1—28.

folgt, sei eine Schutzbestimmung und enthalte eine Art Konzessionssystem, diese Bestimmung aber könne umgangen und das Aufsichtsrecht der Behörde illusorisch gemacht werden, wenn ideale Vereine mit einem solchen unerlaubten Zweck die Form der Aktiengesellschaft wählen würden. Simon kommt dann zu der Schlußfolgerung, daß für die sogen. idealen Vereine keine wie immer geartete Veranlassung mehr vorliege, die Form der Aktiengesellschaft zu wählen, diese Form vielmehr jetzt auf solche Vereine beschränkt sei, welche zum Gegenstand ihres Unternehmens einen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb haben.[10])

Dieselbe Ansicht vertreten neben Simon auch Keyßner,[11]) Ring,[12]) Thoering,[13]) Zweifel[14]) und Blumenthal,[15]) während Cosack,[16]) Gareis,[17]) Jacobick,[18]) Kahl,[19]) Lehmann,[20]) Pinner,[21]) Rehbein,[22]) Rießer,[23]) Staub,[24]) Venus[25]) und Voigt[26]) auf dem entgegengesetzten Standpunkt stehen, daß auch unter dem heutigen Recht Idealgesellschaften in der Form von Aktiengesellschaften gegründet werden können und durch ihre Eintragung ins Handelsregister Rechtsfähigkeit erlangen.

Die Vertreter der erstgenannten Ansicht wollen diese zum Teil weiterhin auf § 210 Abs. 2 HGB. stützen, indem sie behaupten, der Gegensatz zu „Handelsgewerbe" sei ein anderweites „Gewerbe", aber nicht die Verfolgung eines idealen Zweckes, so daß zwar der § 210 Abs. 2 HGB. nicht den Betrieb eines Handelsgewerbes, wohl aber den irgend eines Gewerbes als Grundlage für die Aktiengesellschaft fordere und die Folgerung nicht zulasse, daß auch Vereine ohne den Zweck eines Gewerbebetriebes die Form einer Aktiengesellschaft wählen könnten.[27]) Diese Auslegung des § 210 Abs. 2 HGB. ist zweifellos zu eng und zu gesucht. Hätte

---

[10]) Veit Simon bei Goldschmidt Bd. 49 S. 8, 9.
[11]) Keyßner bei Goldschmidt Bd. 49 S. 309 ff.
[12]) Lehmann-Ring S. 374.
[13]) Thoering S. 26.
[14]) Zweifel S. 22.
[15]) Blumenthal S. 41.
[16]) Cosack S. 486.
[17]) Gareis, Lehrb. S. 116, 184.
[18]) Jacobick S. 23.
[19]) Kahl, Festschrift für Dernburg 1900 S. 191.
[20]) Lehmann, Lehrb. S. 369.
[21]) Pinner bei Goldschmidt Bd. 50 S. 100 ff.
[22]) Rehbein, Komm z. StGB. S. 37.
[23]) Rießer, DJZ. Bd. 5 S. 132.
[24]) Staub S. 714.
[25]) Venus S. 41.
[26]) Voigt S. 47.
[27]) vgl. Zweifel S. 21, 22.

der Gesetzgeber diese Bestimmung treffen wollen, so würde er dies sicher positiv in der Weise getan haben, daß er geschrieben hätte, „wenn nur der Gegenstand des Unternehmens in dem Betriebe eines Gewerbes besteht", oder daß er ähnlich wie im § 5 HGB. das Wort Gewerbe vielleicht in der Form als Bedingung eingefügt hätte, „auch wenn das den Gegenstand des Unternehmens bildende Gewerbe kein Handelsgewerbe ist". Dadurch wäre wie im § 5 HGB. das „Gewerbe" zur Voraussetzung gemacht worden, während so gerade aus der Weglassung dieses Wortes, aus der Einsetzung des allgemeinen Ausdruckes „Gegenstand des Unternehmens" und aus der Bestimmung, daß dieser gerade nicht im Betriebe eines Handelsgewerbes zu bestehen braucht, geschlossen werden muß, daß er überhaupt nicht im Betriebe eines Gewerbes zu bestehen braucht, sondern daß die Aktiengesellschaft auch für Unternehmen nicht kommerzieller Art als Vereinsform gewählt werden kann.

Hinsichtlich des in dem § 21 BGB. nicht in gleicher Weise wie in dem § 22 BGB. aufgenommenen Vorbehalts nimmt Rießer[28]) mit Recht auf die Entstehungsgeschichte der Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die rechtsfähigen Vereine Bezug und führt aus, daß dieser Vorbehalt für die auf Grund anderer reichsgesetzlicher Vorschriften rechtsfähigen Vereine im 1. Entw. in den für die wirtschaftlichen und idealen Vereine gemeinsamen §§ 41, 42 noch enthalten gewesen sei, daß aber bei Teilung dieser Paragraphen durch ein Versehen die Einschaltung jenes Vorbehalts im § 21 BGB. unterblieben sei. Diese durch ein Redaktionsversehen erfolgte Weglassung des Vorbehaltes im § 21 BGB. kann aber bei der Entscheidung der Frage, ob auch Idealgesellschaften sich als Aktiengesellschaften auftun können, und bei der Interpretation des § 210 Abs. 2 HGB. nicht als ausschlaggebend in die Wagschale gelegt werden.

Schließlich führt noch Pinner meines Erachtens sehr richtig aus, daß ja überhaupt nach dem allgemeinen Rechtsgrundsatz lex posterior derogat priori das Handelsgesetzbuch als das jüngere Gesetz dem Bürgerlichen Gesetzbuch vorgeht und, insoweit es durch § 210 Abs. 2 abweichende Bestimmungen trifft, ausschlaggebend ist.[29])

Auch in dieser Abhandlung wird also vor allen Dingen auf Grund von § 210 Abs. 2 HGB. der Standpunkt entschieden vertreten, daß auch unter heutigem Recht trotz des Bürgerlichen Gesetzbuchs sogen. Idealvereine, bei denen weder ein Handels-

[28]) Rießer, DJZ. Bd. 5 S. 132 ff.
[29]) Pinner bei Goldschmidt Bd. 50 S. 100 ff.

gewerbe noch auch ein sonstiges Gewerbe den Gegenstand des Unternehmens bildet, die Form und Organisation der Aktiengesellschaft wählen können und dadurch ausschließlich den Bestimmungen des Handelsgesetzbuchs unterstellt sind. Auch eine solche Aktiengesellschaft gilt alsdann nach § 210 Abs. 2 HGB. als Handelsgesellschaft.

Was nun die Anwendbarkeit des § 5 HGB. auf eine derartige Aktiengesellschaft mit idealer Tendenz und ohne jeden Gewerbebetrieb anlangt, so versagt hier die Wirkung des § 5, da die Berufung auf ihn ja den Betrieb eines Gewerbes voraussetzt. Als Ausfluß der Rechtsvermutung des § 5 kann also das Unternehmen nicht als Handelsgewerbe, die Gesellschaft nicht als Handelsgesellschaft gelten, sie gilt jedoch trotzdem infolge § 210 Abs. 2 als Handelsgesellschaft mit der Folge des § 6 HGB., daß auf sie die in betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften Anwendung finden. Sie muß sich deshalb auf Grund dieser Gesetzesvorschriften als Vollkaufmann ihre Geschäfte als Handelsgeschäfte behandeln lassen. Die nach § 5 HGB. zulässige Einrede des mangelnden Gewerbebetriebes ist ihr natürlich nicht versagt, jedoch ist diese Einrede wirkungslos gegenüber der gesetzlich normierten Tatsache, daß sie als Handelsgesellschaft zu gelten hat und deshalb die oben angeführten Wirkungen kraft positiver Gesetzesvorschriften einzutreten haben.[30]) Wenn Jacobick hier folgert, in einem solchen Falle könne die Einrede des mangelnden Gewerbes geltend gemacht werden, eine derartige Aktiengesellschaft gelte daher infolge § 5 HGB. nicht als Kaufmann, ihre Geschäfte seien keine Handelsgeschäfte,[31]) so beruht dies meines Erachtens auf einem Trugschluß. Daß der § 5 HGB. die Einrede des mangelnden Gewerbes nicht versagt, ist auch im § 5 dieser Abhandlung ausgeführt; ist aber eine Einzelperson im Handelsregister eingetragen, die überhaupt kein Gewerbe betreibt, so ist sie nicht deshalb kein Kaufmann, weil § 5 HGB. nicht den Einwand des mangelnden Gewerbes versagt, also nicht infolge einer Wirkung bezw. Nichtwirkung des § 5 HGB., sondern weil ihr die für die Kaufmannseigenschaft in den §§ 1—3 HGB. bestimmten Voraussetzungen fehlen. Anders ist das dagegen bei einer Aktiengesellschaft mit idealer Tendenz,

---

[30]) Ebenso Blumenthal S. 41, jedoch mit der Begründung, daß ein idealer Verein, der die Form der Aktiengesellschaft gewählt habe, um auf diese erleichterte Weise juristische Persönlichkeit zu erlangen, sich auch allen Vorschriften des Handelsgesetzbuchs unterwerfen müsse; er habe die Vorteile der besonderen Organisationsform des Handelsrechtes ausgenutzt, müsse daher auch die handelsrechtlichen Verpflichtungen mit in Kauf nehmen. Dieser Begründung wird nicht beigepflichtet.

[31]) Jacobick S. 23.

diese gilt kraft positiver Gesetzesvorschrift auch in dem Falle, wie schon ausgeführt, als Handelsgesellschaft, und es haben kraft weiterer positiver Gesetzesvorschriften die für Kaufleute gegebenen Vorschriften auf sie Anwendung zu finden, das Gesetz selbst hilft hier über den Mangel des Gewerbebetriebes hinweg. Keinesfalls können diese positiven Gesetzesbestimmungen dadurch illusorisch gemacht werden, daß § 5 HGB. die Einrede des mangelnden Gewerbebetriebes lediglich nicht versagt, ohne aber auch positiv zu bestimmen, daß diese Einrede auch gegenüber der durch das Gesetz bestimmten Geltung als Handelsgesellschaft Wirkung hat.

Anders ist die Sachlage, wenn die Aktiengesellschaft zwar ein Gewerbe, aber kein Handelsgewerbe betreibt. Würde in dem Falle von einer Seite geltend gemacht, daß die Aktiengesellschaft sich nicht mit dem Betriebe eines Handelsgewerbes befasse, so würde die Berufung auf § 5 HGB. die daselbst normierte Wirkung haben und unter Ausschluß des Gegenbeweises die obige Einrede abschneiden, daß das Gewerbe kein Handelsgewerbe sei oder nur zu den in § 4 Abs. 1 HGB. bezeichneten handwerksmäßigen oder Kleinhandelsgewerbebetrieben gehöre. Eine solche Aktiengesellschaft gilt jedoch schon infolge §§ 6, 210 Abs. 2 HGB. auch ohne die Berufung auf § 5 HGB. als Handelsgesellschaft und ihr Gewerbe als Vollhandelsgewerbe. Die Wirkung des § 5 ist also in dem Falle dieselbe wie beim eingetragenen Vollkaufmann des § 1 HGB., sie schneidet nur die schon an sich unzulässigen Einreden ab.

Die Spezialvorschrift des § 210 Abs. 2 HGB. macht also infolge ihrer Fikton, daß die Aktiengesellschaft stets als Handelsgesellschaft gilt, mithin auch ihr Unternehmen als Betrieb eines Handelsgewerbes zu gelten hat, die Berufung auf § 5 HGB. überflüssig, so daß der § 5 in diesen Fällen ohne Bedeutung ist.

Da für die Kommanditgesellschaft auf Aktien nach § 230 Abs. 3 HGB. die Vorschriften über die Aktiengesellschaften hinsichtlich ihrer Geltung als Handelsgesellschaft bezüglich ihrer Entstehung durch die Eintragung Geltung haben, ist das oben für die Aktiengesellschaft Gesagte analog auf die Kommanditgesellschaft anzuwenden.

Auch die Gesellschaft mit beschränkter Haftung entsteht, wie schon erwähnt, durch ihre Eintragung ins Handelsregister, sie kann zu jedem gesetzlich zulässigen Zweck errichtet werden, also auch zur Verfolgung idealer Zwecke, und gilt stets als Handelsgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches (§§ 11 Abs. 1, 1, 13 Abs. 3 GGmbH.). Mithin gelten auch für sie gemäß § 6 HGB. die obigen für die Aktiengesellschaft gemachten Ausführungen über die Anwendbarkeit des § 5 HGB.

So große Bedeutung der § 5 HGB. also für den Personenkaufmann und, wenn auch in etwas abgeschwächtem Maße, für die offene Handelsgesellschaft und Kommanditgesellschaft hat, der Aktiengesellschaft, Kommanditaktiengesellschaft und Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegenüber besitzt er infolge der besonderen Gesetzesbestimmungen für diese Gesellschaften keine Wirkung, wenigstens keine, die nicht schon ohne Berufung auf ihn durch die besonderen Gesetzesbestimmungen vorhanden sind.

§ 10.

Staubs Gestionstheorie.

Bei der großen Bedeutung, welche der Kommentar zum Handelsgesetzbuch von Staub in der Praxis hat, bei der besonderen Eigenart der erst von Staub aufgestellten und nur von ihm allein in so weitgehender Weise vertretenen Gestionstheorie erfordert die Vollständigkeit dieser Abhandlung eine kurze Stellungnahme zu dieser Theorie.

Staub stellt das allgemeine Prinzip der „Geltung als Kaufmann infolge kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr" auf, indem er, wie schon oben in § 6 erwähnt, ausführt: „Wer im Rechtsverkehr als Kaufmann auftritt, gilt als Kaufmann. Wer sich im Rechtsverkehr als Kaufmann geriert, muß sich gefallen lassen, daß er als Kaufmann gilt, und derjenige, der sich als Vollkaufmann geriert, daß er als Vollkaufmann gilt. Denn jeder muß sich gefallen lassen, daß seine Erklärungen diejenige Auffassung und Bedeutung erhalten, die ihnen nach Treu und Glauben im Rechtsverkehr zukommen.[1]) Ein Auftreten als Kaufmann sieht Staub in jeder Handlungsweise der betreffenden Person bezw. Personenvereinigung, die nach außen den Anschein erwecken kann, daß man es mit einem Kaufmann bezw. einer Handelsgesellschaft zu tun habe. So z. B. wenn ein Minderkaufmann oder Handwerker Ankündigungen in den Zeitungen oder Rundschreiben erläßt, Briefbogen mit aufgedrucktem Kopfe, Wechselformulare mit aufgedruckter Firma führt, ohne daß für ihn eine solche eingetragen ist, wenn ein Buchbinder, der eine Druckmaschine besitzt, Ankündigungen erläßt, die auf eine Druckerei mit Fabrikbetrieb schließen lassen, wenn ein Geschäftsinhaber, der sein Geschäft verkauft hat, weiter unter Verschweigung dieses Umstandes als Geschäftsführer tätig ist und noch als Geschäftsinhaber auftritt, oder wenn mehrere Personen ein Minderhandelsgewerbe unter ge-

[1]) Staub S. 79.

meinschaftlicher nicht eingetragener Gesellschaftsfirma betreiben und hierdurch als offene Handelsgesellschaft bezw. als Gesellschafter einer solchen auftreten, oder wenn der Gesellschaftsvertrag z. B. infolge Geschäftsunfähigkeit eines Beteiligten ungültig ist, aber trotzdem Geschäfte unter der eingetragenen Firma betrieben werden. Alle diese Personen bezeichnet Staub ausnahmslos als Scheinkaufleute und legt ihnen allen lediglich infolge ihres kaufmännischen Auftretens „Kaufmannsgeltung" bei, nicht, insoweit sie eine eingetragene Firma haben, als Wirkung des Firmeneintrages infolge § 5 HGB. Die Eintragung der Firma bezeichnet Staub nur als „besonders markanten Fall" des Sichgerierens als Kaufmann, mithin ist die Wirkung des § 5 nach ihm nur als eine gesetzlich besonders hervorgehobene Wirkung des Auftretens als Kaufmann aufzufassen.

In dieser Wirkung des Auftretens als Kaufmann macht Staub zwischen den registrierten und nicht registrierten Scheinkaufleuten nur insofern einen Unterschied, als er letzteren das Recht abspricht, unter der nicht eingetragenen, aber tatsächlich geführten Firma im Zivilprozeß aufzutreten[2]) und eine gültige Prokura zu bestellen.[3]) Rechte, die er, ebenso wie die anderen Autoren, dem eingetragenen Scheinkaufmann zuspricht.

Staub stützt seine Gestionstheorie auf die Vorschriften der §§ 157 u. 242 BGB., wonach Verträge so auszulegen sind und der Schuldner verpflichtet ist, seine Leistungen so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Jeder Nichtkaufmann hätte also nach Staubs Ansicht, insofern er sich im Rechtsverkehr als Kaufmann geriert, was ja, wie oben gezeigt, auf verschiedenste Weise geschehen kann, nach den allgemeinen Grundsätzen über Treu und Glauben als Kaufmann zu gelten, sich als solcher behandeln zu lassen, könnte aber auch seine Rechte als solcher beanspruchen, mit der einen Einschränkung, daß diese Geltung als Kaufmann dann nicht eintritt, wenn der Scheinkaufmann im Sinne Staubs überhaupt kein Gewerbe betreibt und der Dritte wußte, daß der als Kaufmann Auftretende weder Kaufmann ist noch als solcher hat behandelt werden wollen[4]).

Insoweit die nicht registrierten Scheinkaufleute im Sinne des Staubschen Begriffs der Scheinkaufleute in Frage kommen, ist folgendes gegen die von ihm vertretene Theorie anzuführen.

Die Grundsätze über Treu und Glauben im Rechtsverkehr können doch nur einzig und allein zum Schutze der gutgläubigen

[2]) Staub S. 118.
[3]) Staub S. 227.
[4]) Staub S. 80.

Dritten Anwendung finden, die, durch das Auftreten als Kaufmann getäuscht, im Vertrauen auf die Kaufmannsqualität des nicht eingetragenen Scheinkaufmanns mit diesem kontrahiert haben. Diese Dritten allein sollen nach den genannten Grundsätzen Schutz genießen, nur zu ihren Gunsten und nur gegen den als Kaufmann Auftretenden können diese Grundsätze wirken, für ihn können sie nur Verpflichtungen, niemals aber Rechte begründen.[5]) Es steht aber im schroffsten Widerspruch mit den Grundsätzen über Treu und Glauben im Rechtsverkehr; ja es wäre ein direktes Aufdenkopfstellen dieser Grundsätze und Umkehren derselben in das Gegenteil, sollten diese Grundsätze, wie Staub es will, auch zugunsten solcher nicht eingetragener, sich als Kaufleute gerierender Personen Platz greifen, ihnen alle Rechte der Vollkaufleute verleihen, nur weil sie als Kaufleute auftreten. Wenn z. B. ein Vollkaufmann mit einem solchen zwar als Kaufmann Auftretenden, aber nicht Registrierten, in voller Kenntnis, daß dieser nicht Kaufmann ist, ein Geschäft abgeschlossen hat und der Überzeugung ist, daß nur auf seiner Seite ein Handelsgeschäft vorliegt, so müßte trotzdem dieser Kaufmann infolge der Gestionstheorie durch seinen Gegenkontrahenten gezwungen werden können, die kaufmännischen 5% Verzugszinsen zu zahlen, sobald dieser Gegenkontrahent ausführt, daß er zwar nicht eingetragener Kaufmann sei, aber doch als Kaufmann aufgetreten sei und dies der andere Teil wisse. Ein solches Ergebnis würde doch gerade den angeführten Grundsätzen direkt widersprechen, es würde eine Unsicherheit in den gutgläubigen Handelsverkehr bringen, wie sie schlimmer nicht gedacht werden kann, und würde direkt zum unehrlichen Verhalten herausfordern.

Weiterhin ist der Begriff des Sichgerierens als Kaufmann ein so vager, dehnbarer und so schwer zu normierender, daß an diesen Begriff nicht so weitgehende, in den Handelsverkehr tief einschneidende Rechtsfolgen geknüpft werden können, die nur große Gefahren in den Rechtsverkehr hineinbringen.

Nicht zuletzt aber widerspricht dieser Theorie das Gesetz selbst. Der § 5 HGB. ist als Ausnahmebestimmung zu behandeln,[6]) die sich der Gesetzgeber, wie oben im § 2 ausgeführt, nur sehr schwer und zögernd abgerungen hat, und die einzig und allein bei Vorhandensein der im § 5 HGB. ganz bestimmt festgestellten Voraussetzungen — Firmeneintrag und Gewerbebetrieb — in Kraft treten soll. Mithin ist außerhalb dieser Grenzen der An-

---

[5]) Ebenso Lehmann-Ring S. 6; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 40; Jacobick S. 30; vgl. auch Thoering S. 52; Venus S. 67; Zweifel S. 38.

[6]) Düringer u. Hachenburg S. 57; RG. Bd. 55 S. 83.

wendbarkeit des § 5 HGB. bei Nichtvorhandensein seiner Voraussetzungen nach dem Willen des Gesetzes kein Platz für die Aufstellung und Forderung derartiger Rechtswirkungen. Das Gesetz enthält nirgends Bestimmungen, die zu einer solchen Theorie Anhalt bieten, sondern schneidet sie durch § 5 HGB. ab; auch ist keinerlei Bedürfnis für diese Theorie im Rechtsverkehr vorhanden. Würde der Gesetzgeber in der Firmeneintragung den markantesten Fall des Auftretens als Kaufmann haben normieren wollen, um der eigenen Ansicht Staubs gerecht zu werden, dann hätte er eben auch nur an diesen einen Fall des kaufmännischen Auftretens im Rechtsverkehr durch Herbeiführung des Firmeneintrags bei Vorhandensein eines Gewerbebetriebes derartig weitgehende Wirkungen knüpfen, für andere Fälle aber dem Auftreten als Kaufmann jede Wirkung versagen wollen, da er sie mit Stillschweigen übergeht.

Nicht einmal ein Gewerbebetrieb ist unter Umständen nach Staubs Theorie zum Auftreten als Kaufmann und zur Auslösung der von ihm hieran geknüpften Wirkungen nötig, wodurch sich die Staubsche Lehre in direkten Widerspruch mit der positiven klaren Gesetzesbestimmung des § 5 HGB. setzt, da ja nach ihr der Einwand des mangelnden Gewerbes stets zulässig ist.

Aus all diesen Gründen muß der Gestionstheorie in Anwendung auf nicht registrierte Scheinkaufleute im Staubschen Sinne entschieden widersprochen werden. Aber auch der Herleitung der Wirkung des § 5 HGB. für registrierte Scheinkaufleute, also Scheinkaufleute im allgemein üblichen und hier verwendeten Sinne, aus dem Auftreten als Kaufmann im Rechtsverkehr statt aus der im § 5 HGB. enthaltenen Rechtsvermutung kann nicht beigestimmt werden.

Schon die Herleitung der Gestionstheorie aus den Grundsätzen des Bürgerlichen Gesetzbuchs über Treu und Glauben im Rechtsverkehr widerspricht hier der Anwendung dieser Theorie, da guter Glaube, wie oben im § 5 ausgeführt, kein Erfordernis für die erfolgreiche Berufung auf § 5 HGB. bildet. Der § 5 HGB. stellt mit den auf ihm beruhenden Wirkungen gerade eine Ausnahmebestimmung dieses allgemeinen Rechtsprinzips auf; wollte man aber seine Wirkung als Ausfluß der Gestionstheorie hinstellen, so müßte bei Schlechtgläubigkeit die Berufung auf § 5 HGB. versagen.

Wenn Staub die Anwendbarkeit seiner Gestionstheorie auf die Behauptung stützt, daß kraft ausdrücklicher Gesetzesbestimmung in der erfolgten Firmeneintragung ein Sichgerieren als Kaufmann liege, so könnte man ihm dann vielleicht recht geben, wenn die Eintragung durch den Scheinkaufmann selbst oder auf seine

Veranlassung durch eine beauftragte Person bewirkt worden ist. In den Fällen könnten dann — vom guten Glauben abgesehen — die Wirkungen des § 5 HGB. als solche des Auftretens als Kaufmann durch Firmeneintragung, einen Geschäftsbetrieb vorausgesetzt, konstruiert werden. Sobald aber die Eintragung arglistig durch einen Dritten oder versehentlich durch den Registerrichter herbeigeführt, oder wenn die Löschung versehentlich vom Registerrichter unterlassen, oder die Eintragung zwar vom Scheinkaufmann selbst herbeigeführt worden ist, aber versehentlich im guten Glauben, daß er sich eintragen lassen müsse, ohne daß er sich dadurch als Kaufmann gerieren wollte, so würde die Wirkung des § 5 HGB. als Wirkung des Auftretens als Kaufmann im Rechtsverkehr versagen müssen. Das Sichgerieren erfordert doch zum mindesten unbedingt eine Willenserklärung und Betätigung des Sichgerierenden, weiterhin aber meines Erachtens auch den Willen, durch den Firmeneintrag als Kaufmann aufzutreten; dies würde aber in den obigen Fällen fehlen, deshalb könnten infolge des Mangels dieser Betätigung eines Sichgerierens auch die im § 5 HGB. normierten Rechtsfolgen nicht eintreten. Tatsächlich aber treten auch in solchen Fällen, wie oben im § 5 ausgeführt, die Wirkungen des § 5 HGB. ein, sie können also nicht als Wirkungen aus dem Auftreten als Kaufmann, sondern lediglich als solche der durch § 5 HGB. begründeten Rechtsvermutung angesehen werden. Man kann doch in solchen Fällen unmöglich von einem Sichgerieren als Kaufmann sprechen, wenn der betreffende Scheinkaufmann die auf die Eintragung gerichtete Willenserklärung überhaupt nicht abgegeben und von der erfolgten Eintragung gar keine Kenntnis hat; wo sollte denn da ein Sichgerieren als Kaufmann zu finden sein! Ebensowenig aber kann man sagen, in solchen Fällen will das Gesetz, daß in dieser ohne jede Betätigung und Kenntnis des Scheinkaufmanns erfolgten Eintragung ein Sichgerieren als Kaufmann liegt. Eine ähnliche Ansicht müßte man aber vertreten, um die Wirkung des § 5 in allen Fällen als Folge des Auftretens und Sichgerierens als Kaufmann konstruieren zu können.

Weiterhin aber müßte man aus Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit auch bei den nach § 5 HGB. zu Unrecht Eingetragenen, wollte man die Rechtswirkung des § 5 nur als solche des rechtswidrigen Auftretens als Kaufmann erachten, nur Wirkungen zugunsten Dritter und zuungunsten des Scheinkaufmanns, also nur solche gegen ihn Platz greifen lassen; wie käme der Scheinkaufmann dazu, aus seiner ungesetzlichen Handlungsweise auch noch die Vorteile des Kaufmannsstandes zu ernten.

Aus allen diesen Gründen kann der Gestionstheorie von Staub in keiner Weise beigepflichtet werden, weder in An-

wendung auf die nicht registrierten noch auf die registrierten als Kaufleute Auftretenden. Die Wirkungen des § 5 HGB. basieren nicht auf dem Auftreten als Kaufmann, sondern einzig und allein auf dem im Gesetz durch § 5 ausgesprochenen Grundsatz, auf der in ihm enthaltenen unwiderleglichen Rechtsvermutung.[7])

Auch das Reichsgericht hat sich gegen die Gestionstheorie Staubs ausgesprochen in seiner Entscheidung Bd. 55 S. 83 in der es ausführt: „Es kennt das Handelsgesetzbuch den Satz nicht, daß jeder Minderkaufmann, der für sein Geschäft einen ihm nicht zustehenden Namen führt und dadurch den Anschein einer Firmenführung hervorruft, allgemein oder doch Dritten gegenüber als Vollkaufmann gelte... Nur wenn der Name, unter dem der Minderkaufmann seine Geschäfte betreibt, ins Handelsregister eingetragen sein sollte, greift die Vorschrift des § 5 Platz, wonach nunmehr nicht geltend gemacht werden kann, daß die Firma, weil das Geschäft zum Kleingewerbe gehöre, nicht eintragungsfähig gewesen sei".

Auch die Berufung Staubs auf zwei Reichsgerichtsentscheidungen kann die oben gegen seine Gestionstheorie ausgesprochene Ansicht nicht ändern. Die eine Entscheidung[8]) spricht sich dafür aus, daß die einzelnen Teilhaber einer ins Handelsregister zu Unrecht eingetragenen offenen Handelsgesellschaft, die kein Handelsgewerbe betreibt, für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft solidarisch haften. Sie begründet ihr Urteil damit, daß die Gesellschaft mangels eines Handelsgewerbes durch die Eintragung ins Handelsregister zwar den Charakter einer Handelsgesellschaft nicht erworben habe, in der Eintragung aber die Erklärung zu finden sei, daß die eingetragenen Gesellschafter wie die einer offenen Handelsgesellschaft für alle Gesellschaftsschulden solidarisch haften wollen. Sie müßten deshalb eine derartige öffentliche Erklärung auch gegen sich gelten lassen, dies sei auch von Staub für analoge Fälle angenommen. Die Entscheidung behandelt also in erster Linie nur die Frage des Einflusses eines Sichgerierens gegen die sich Gerierenden, die Wirkung der Grundsätze von Treu und Glauben zugunsten Dritter, die durch das

[7]) Derselben Ansicht: Lehmann-Ring S. 44; Blumenthal S. 48; Jacobick S. 32; Schirrmeister bei Goldschmidt Bd. 49 S. 39ff.; Thoering S. 50ff.; Venus S 65ff.; Voigt S. 28; Zweifel S. 42; Yelin S. 42. Anderer Ansicht scheint Makower zu sein, wenn er S. 43 sagt: „Aus § 5 darf nicht der Gegenschluß gezogen werden, daß nur im Fall der Eintragung die Wirkung des § 5 eintreten kann. Vielmehr knüpft sie sich u. a. auch an eine andere Kundgebung". Ebenso erkennt Finger S. 47 die Theorie Staubs in beschränktem Maße an.

[8]) RG. Bd. 40 S. 146.

Auftreten als Gesellschafter getäuscht sind, bietet also nicht den geringsten Beleg für die aufgestellte Gestionstheorie zugunsten der sich Gerierenden. Fernerhin ist die Entscheidung unter altem Handelsrecht ergangen, als der § 5 HGB. und eine ihm ähnliche Gesetzesbestimmung noch nicht in Kraft war, und schließlich beruft sich diese Entscheidung ja selbst erst auf die Theorie Staubs, kann also nicht als Belag für die Richtigkeit dieser Theorie ins Feld geführt werden. Zweifellos würde die Entscheidung anders gelautet haben, wenn es sich um die Geltendmachung von Rechten gehandelt hätte, welche die Gellschafter zu ihren Gunsten und zum Nachteile Dritter aus ihrem Auftreten als Gesellschafter hergeleitet hätten.

Auch die zweite von Staub für seine Theorie angeführte Reichsgerichtsentscheidung[9]) stützt sich selbst erst auf Staub und behandelt ebenfalls, wenn sie auch unter neuem Recht ergangen ist, ein vor dem Inkrafttreten des neuen Handelsgesetzbuches entstandenes Rechtsverhältnis, das also auch nach altem Recht zu beurteilen war. Mithin bringt auch diese Entscheidung keinen Beweis für Staubs Ansicht, daß die Wirkung des § 5 als solche einer Gestion anzusehen sei.

§ 11.

Das Prüfungsrecht bezw. die Prüfungspflicht des Registerrichters und die Vorschriften zur Verhütung unrechtmäßiger Firmeneinträge.

Zum Schlusse dieser Abhandlung, in der die große Bedeutung der unrechtmäßigen Firmeneinträge infolge § 5 HBG. dargelegt worden ist, muß noch kurz die Frage berührt werden, inwieweit der Registerrichter ein gesetzliches Prüfungsrecht bezw. eine Prüfungspflicht der zur Eintragung ins Handelsregister angemeldeten Tatsachen hat. Würde ihm eine Prüfungspflicht der angemeldeten Tatsachen nach der materiellen Seite hin unbedingt im weitesten Umfange obliegen, so könnten unrechtmäßige Firmeneinträge ja kaum vorkommen.

Das Handelsgesetzbuch selbst trifft über diese Fragen keine Bestimmungen, vielmehr sind die im Reichsgesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 17. 5. 1898 enthaltenen Bestimmungen hier maßgebend. § 12 FGG. sagt, daß das Gericht von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen

[9]) RG. Bd. 50 S. 428 ff.

erforderlichen Ermittlungen zu veranstalten und die geeignet erscheinenden Beweise zu erheben hat.

Daß der Registerrichter die Anmeldungen auf ihre Gesetzlichkeit in formaler Hinsicht zu prüfen hat, er also prüfen muß, ob die Anmeldungen von den dazu befugten Personen in der gehörigen Form bei der zuständigen Registerbehörde erfolgt sind und ob ihr Inhalt den gesetzlichen Anforderungen entspricht, ist allgemein übereinstimmend anerkannt. Ob und inwieweit jedoch dem Registerrichter darüber hinaus ein Prüfungsrecht bezw. eine Prüfungspflicht der Wahrheit der der Anmeldung zugrunde liegenden Tatsachen obliegt, ist in der Literatur bestritten. Lehmann[1]) steht auf dem Standpunkt, daß dem Registerrichter eine Pflicht, die Wahrheit der behaupteten Tatsachen zu prüfen, grundsätzlich nicht obliege, die Partei nicht verpflichtet sei, dem Registerrichter weitere Aufklärungen, als zur Feststellung der formalen Richtigkeit nötig sind, zu geben, es dem Registerrichter aber nicht verwehrt werden könne, auf anderem Wege, insbesondere durch die Organe des Handelsstandes, Ermittlungen anzustellen. Dieser Ansicht kann meines Erachtens nicht beigestimmt werden, insoweit sie die Partei von der Pflicht freispricht, weitere Aufklärungen für die Feststellungen der materiellen Wahrheit der einzutragenden Tatsachen zu geben, denn § 15 FGG. bestimmt ausdrücklich, daß die Vorschriften der Zivilprozeßordnung über den Zeugenbeweis, den Beweis durch Sachverständige und über das Verfahren bei Abnahme von Eiden entsprechende Anwendung finden, daß auch behufs Glaubhaftmachung einer tatsächlichen Behauptung ein Beteiligter zur Versicherung an Eidesstatt zugelassen werden kann. Hält der Registerrichter eine Einsichtnahme in den Gewerbebetrieb und die Geschäftsbücher zur Feststellung für erforderlich, so darf die Partei sie ihm nicht verweigern, sie muß ihm auch selbst Beweismittel herbeischaffen, wenn er solche fordert, will sie nicht Gefahr laufen, daß ihre Eintragung abgelehnt wird.

Eine allerdings unter altem Recht ergangene Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe v. 26. 6. 1894[2]) spricht sich dahin aus, daß der Registerrichter nicht verpflichtet sei, einen den formalen Erfordernissen genügende Anmeldung auf ihre materielle Richtigkeit zu prüfen, nur insoweit er amtliche Kenntnis von der Unrichtigkeit angemeldeter Tatsachen habe, müsse er diese berücksichtigen und unter Umständen ein darauf gestütztes Anmeldungsbegehren zurückzuweisen. Makower[3]) ist der Ansicht, der Register-

[1]) Lehmann, Lehrb. S. 141, 142.
[2]) Abgedruckt bei Goldschmidt Bd. 46 S. 49ff.
[3]) Makower S. 61.

richter könne, falls genügender Verdacht für eine beabsichtigte Eintragung von falschen Tatsachen vorliege, Glaubhaftmachung verlangen und, falls diese nicht erfolge, die Eintragung ablehnen. Ebenso stehen Gareis[4]) und Zweifel[5]) auf dem Standpunkt, daß der Registerrichter amtliche Kenntnis von der Unrichtigkeit der angemeldeten Tatsachen berücksichtigen muß, daß er aber nicht die Möglichkeit und Aufgabe habe, die Wahrheit der zur Eintragung angemeldeten Tatsachen objektiv festzustellen. Denselben Standpunkt nimmt auch die Denkschrift ein, wenn sie zu § 25 HGB. sagt, daß der Registerrichter sich im allgemeinen mit den Erklärungen der gehörig legitimierten Beteiligten begnügen müsse, wenn sich nicht besondere Zweifel ergeben; daß er z. B. in Ermanglung besonderer Umstände nicht nachzuforschen habe, ob der Anmeldende in der Tat das Geschäft eröffnet oder verlegt habe. Nach Jacobick[6]) ist ein Prüfungsrecht des Registerrichters hinsichtlich der inneren Wahrheit der angemeldeten Tatsachen zu verneinen, nur falls genügender Verdacht für eine beabsichtigte Eintragung von falschen Tatsachen vorliege, werde der Registerrichter Glaubhaftmachung verlangen, und falls diese nicht erfolge, die Eintragung ablehnen können. Lehmann-Ring[7]) sind der Ansicht, daß die Prüfungspflicht des Richters sich nicht auf die Wahrheit der Angaben des Anmeldenden erstrecke, er aber seine Mitwirkung zu versagen habe, wo er die Überzeugung von der Unwahrheit habe, jedoch im allgemeinen nicht verpflichtet sei, sich über die Übereinstimmung der Anmeldung mit der Wirklichkeit Gewißheit zu verschaffen; nur im Hinblick auf § 5 HGB. legen sie dem Registerrichter ausdrücklich die Pflicht auf, zu prüfen, ob das Gewerbe in Wahrheit ein Handelsgewerbe und ob es in Wahrheit ein Großgewerbe sei. Düringer u. Hachenburg[8]) äußern sich dahin, daß der Registerrichter in der Regel die Wahrheit der einzutragenden bezw. eingetragenen Tatsachen nicht zu prüfen habe, bei simulierter Anmeldung aber seine Mitwirkung zu versagen habe, daß jedoch die Bestimmung des § 5 HGB. dem Registerrichter auch größere Pflichten auferlege als das bisherige Recht hinsichtlich der Prüfung der Frage, ob ein Vollhandelsgewerbe vorliege. Hier werde der Registerrichter in der Regel auch den materiellen Inhalt der Anmeldung hinsichtlich des Charakters des Gewerbetriebes prüfen, wobei er unabhängig von der Ansicht des Unternehmers sei, selbständig Material beschaffen und

[4]) Gareis, Lehrb. S. 19.
[5]) Zweifel S. 4.
[6]) Jacobick S. 9.
[7]) Lehmann-Ring S. 56, 57.
[8]) Düringer u. Hachenburg S. 78, 79.

das Gutachten der Handelskammer einholen könne. Auch nach Staubs[9]) Ansicht hat der Registerrichter sich jederzeit § 5 HGB. vor Augen zu halten und daher gerade in diesem Punkte besondere Wahrheitsforschungen anzustellen; er hat, wenn er Bedenken gegen die Zuverlässigkeit der abgegebenen Erklärungen hegt, die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen vorzunehmen, insbesondere von den Parteien die ihm erforderlich erscheinenden Nachweise für die Richtigkeit der von ihnen abgegebenen Erklärungen zu fordern.

Die weitgehendsten Ansprüche stellt Venus[10]) an den Registerrichter. Er betont die sich aus dem Wesen der freiwilligen Gerichtsbarkeit ergebenden Offizialmaxime und folgert daraus, daß der Registerrichter stets eine Entscheidung zu treffen habe, wenn eine Firma in das Handelsregister eingetragen werden solle, daß er sich dann stets darüber schlüssig werden müsse, ob ein nach Gegenstand oder Art und Umfang firmenfähiges Gewerbe vorliege, daß er also in jedem solchen Falle von Amts wegen nach dieser Richtung hin Ermittlungen anzustellen, nötigenfalls Bücher einzusehen, Zeugen abzuhören, eine eidesstattliche Versicherung entgegenzunehmen und alles zu tun habe, was er sonst für sachdienlich halte. Inwieweit der Richter seine Prüfung auszudehnen habe, richte sich nach seinem pflichtmäßigen Ermessen, er habe aber so lange zu prüfen, bis er eine Entscheidung treffen könne.

Daß der Registerrichter ein Prüfungsrecht der angemeldeten oder registrierten Tatsachen nach der materiellen Seite hin hat, steht infolge § 12 FGG. außer Zweifel. Ebenso aber hat er auch im Gegensatz zu der oben ausgeführten Ansicht Lehmanns unbedingt eine Prüfungspflicht in den Fällen, in welchen er Kenntnis davon oder begründeten Verdacht hat, daß die angemeldeten Tatsachen nicht der materiellen Richtigkeit entsprechen, und er hat bei Feststellung dieser Unstimmigkeiten den Registereintrag abzulehnen. Andernfalls würden ja wissentlich falsche Registereinträge bewirkt, das Handelsregister, welches zum Schutze des Publikums dienen soll, zu dessen Täuschung benutzt werden und ein Erfolg herbeigeführt, welcher der Absicht des Gesetzgebers direkt widerspricht. Im übrigen aber wird dem Registerrichter trotz § 5 HGB. nicht auch dann unbedingt eine Prüfungspflicht aufzuerlegen und die Anstellung weitgehender amtlicher Ermittlungen aufzugeben sein, wenn er die Angaben über die Art des Gewerbes, den Umsatz und die sonstigen Merkmale für glaubwürdig und die materiellen Tatsachen für vorliegend erachtet.

[9]) Staub S. 85.
[10]) Venus S. 19, 20.

Bestehen Firmeneinträge zu Unrecht und erhält der Registerrichter davon Kenntnis, so stehen ihm, wie schon oben im § 8 erwähnt, Rechte zur Seite, die Löschung der Einträge zu bewirken. Diese Rechte werden auch durch die Vorschrift des § 5 HGB. und seine Wirkung nicht berührt. Der Registerrichter kann nach § 142 FGG. solche Einträge durch Eintragung eines Vermerks von Amts wegen löschen, wenn die Eintragung unzulässig war, also nach den gesetzlichen Vorschriften nicht hätte bewirkt werden dürfen, und diese Unzulässigkeit weiterhin auf dem Mangel einer wesentlichen Voraussetzung der Eintragung beruht. Ob er von seiner Löschungsbefugnis Gebrauch macht, ist also in diesen Fällen in sein pflichtmäßiges Ermessen gestellt. Dieses Verfahren zur Löschung unrechtmäßiger Firmeneinträge von Amts wegen kann auch von dritter Seite, z. B. den Organen des Handelsstandes, beantragt werden. Weiterhin muß der Registerrichter nach § 37 Abs. 1 HGB. denjenigen, der eine ihm nicht zustehende Firma gebraucht, gemäß § 140 FGG. durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung des Gebrauchs der Firma anhalten. Schließlich steht aber auch demjenigen, der dadurch in seinen Rechten verletzt wird, daß ein anderer eine Firma unbefugt gebraucht, das Recht zu, die Unterlassung des Gebrauchs der Firma zu verlangen und hierauf Klage zu erheben (§ 37 Abs. 2 HGB.).

Zur Unterstützung in der Ausübung seiner Rechte und Pflichten sind dem Registerrichter die Organe des Handelsstandes beigegeben. Diese sind nach § 126 FGG. verpflichtet, die Registergerichte behufs Verhütung unrichtiger Eintragungen sowie zwecks Berichtigung und Vervollständigung des Handelsregisters zu unterstützen, sie sind auch berechtigt, zu diesem Zwecke Anträge beim Registergericht zu stellen und gegen die solche Anträge ablehnenden Verfügungen das Rechtsmittel der Beschwerde einzulegen.

Da die näheren Bestimmungen der Landesregierung überlassen sind, ist für Sachsen weiterhin die sächs. Verordnung zur Ausführung des § 126 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit v. 11. 11. 1899 maßgebend. Auf Grund dieser Verordnung (§ 1) sind in Sachsen die Handels- und Gewerbekammern die Organe des Handelsstandes im Sinne von von 126 FGG. Diese sind innerhalb ihrer Zuständigkeit verpflichtet, den in Vollzug von § 126 FGG. an sie ergehenden Ersuchen kostenfrei zu entsprechen (§ 2), ferner dem Registerrichter Mitteilung zu machen, sobald sie Kenntnis von Tatsachen erlangen, auf Grund deren eine Berichtigung oder Vervollständigung des Handelsregisters erforderlich ist (§ 3). Das Registergericht seinerseits ist auch verpflichtet, das Organ des Handelsstandes zu befragen oder gutachtlich zu hören, bevor es über die Eintragung

oder über den Einspruch in einem Ordnungsstrafverfahren entscheidet in solchen Fällen, in denen Zweifel über die tatsächlichen Verhältnisse bestehen (§ 4). Aller drei Jahre hat das Registergericht das Handelsregister zum Zwecke der Berichtigung und Vervollständigung unter Zuziehung eines oder mehrerer von den Organen des Handelsstandes gewählter Beisitzer durchzusehen (sächs. Verordnung v. 15. 10. 1902) wobei zu erörtern ist, ob die Firma für alle nicht gelöschten Firmen noch besteht und ob in ihren der Eintragung bedürftigen Verhältnissen Änderungen eingetreten sind, ob nicht eingetragene Firmen zur Anmeldung und Eintragung verpflichtet sind, und ob unzulässige Eintragungen erfolgt sind (§ 6).

Weiterhin sind auch die Justiz- oder Verwaltungsbehörden und Notare durch § 9 der sächs. Verordnung zur Ausführung des Handelsgesetzbuchs usw. v. 10. 11. 1899 verpflichtet, dem Registergerichte kostenfrei Mitteilung zu machen, falls sie Kenntnis davon erlangen, daß eine Anmeldung zum Handelsregister unrichtig oder unvollständig erfolgt ist oder zu Unrecht unterblieben ist.

Schließlich sind auch von den Gewerbepolizeibehörden nach der sächs. Verordnung v. 28. 3. 1892 (Gesetz- und Verordnungsblatt S. 33) den Registergerichten regelmäßig Abschriften der Verzeichnisse über die erteilten Gewerbeanzeigebescheinigungen und der die Erledigung von Anmeldungen betreffenden Nachträge mitzuteilen, damit diese den Registerrichtern als Unterlagen für ihre Entschließungen dienen können.

Trotz aller dieser Vorschriften werden jedoch unrechtmäßige Firmeneinträge in der Praxis nie vermieden werden, so daß der § 5 HGB. mit seiner großen, in dieser Abhandlung dargelegten Bedeutung und Wirkung alsdann zum Schutze des Handelsverkehrs Platz greifen muß.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.